

ΕΦΗΜΕΡΙΔΑ ΤΗΣ ΚΥΒΕΡΝΗΣΕΩΣ

ΤΗΣ ΕΛΛΗΝΙΚΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ

10 Οκτωβρίου 2017 | ΤΕΥΧΟΣ ΔΕΥΤΕΡΟ | Αρ. Φύλλου **3540**

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ

Αριθ. απόφ. 826/04

Λήψη απόφασης επί της διεξαχθείσης στις 28 Μαΐου 2015 ακρόασης των εταιρειών «Οργανισμός Τηλεπικοινωνιών Ελλάδος - ΟΤΕ Α.Ε», «WIND HELLAS A.E.B.E», «Hellas On Line A.E», «CYTA HELLAS A.E», «FORTHNET A.E» με αντικείμενο την υπ' αριθ. Πρ. 44646/14-11-2014 καταγγελία της εταιρείας «WIND HELLAS A.E.B.E», καθώς και την υπ' αριθ. 50343/23-12-2014 καταγγελία της εταιρείας «Hellas On Line A.E», σχετικά με την ύπαρξη διαφοροποιήσεων στους χρόνους υλοποίησης αιτημάτων ΤοΒ από την εταιρεία «ΟΤΕ Α.Ε[1]» υπέρ του λιανικού της άκρου, και στη νομική διερεύνηση αυτών με βάση τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών, καθώς και το ν. 3959/2011 (ΦΕΚ 93/Α΄/20-4-2011) ή/και το άρθρο 102 ΣΛΕΕ.

Η ΟΛΟΜΕΛΕΙΑ
ΤΗΣ ΕΘΝΙΚΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ
ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΩΝ (Ε.Ε.Τ.Τ),

Αφού έλαβε υπόψη:

α) τις διατάξεις του ν. 4070/2012 «Ρυθμίσεις Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών, Μεταφορών, Δημόσιων Έργων και άλλες διατάξεις», ιδίως τα άρθρα 11, 12 στοιχεία β), στ), η), κστ), λδ), 47 παρ. 4, 50 παρ. 1 στοιχείο β), 51, 77, ιδίως την παρ. 1 αυτού, καθώς και άρθρο 79 παρ. 6 αυτού (ΦΕΚ 82/Α΄/10-4-2012),

β) το ν. 3959/2011 «Προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού» (ΦΕΚ 93/Α΄/20-4-2011) και ιδίως το άρθρο 2γ) αυτού, καθώς και το άρθρο 102 ΣΛΕΕ,

γ) το ν. 4053/2012 «Ρύθμιση Λειτουργίας της ταχυδρομικής αγοράς, θεμάτων ηλεκτρονικών επικοινωνιών και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ 44/Α΄/2012), ιδίως το άρθρο 31 παρ. 7 αυτού.

δ) το ν. 2690/1999 «Κύρωση του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας» (ΦΕΚ 45/Α΄/1999) και ιδίως το άρθρο 13 παρ. 5 αυτού,

ε) τον Κανονισμό 1/2003 του Συμβουλίου της 16ης Δεκεμβρίου 2002, για την εφαρμογή των κανόνων του ανταγωνισμού που προβλέπονται στα άρθρα 81 και 82 της συνθήκης,

στ) Την ΑΠ. 709/79/6-3-2014 απόφαση της ΕΕΤΤ «Μεταβίβαση αρμοδιοτήτων της Ολομέλειας της Εθνικής Επιτροπής Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων (ΕΕΤΤ) στον Πρόεδρο, τους Αντιπροέδρους και Προϊσταμένους οργανικών μονάδων της ΕΕΤΤ» και ιδίως το άρθρο 1 παρ. 1 εδ. α΄, ε΄ και στ΄ και παρ. 5 και το άρθρο 2 παρ. 1 εδ. ιβ΄ αυτής (ΦΕΚ 797/Β΄/1-04-2014),

ζ) την απόφαση της ΕΕΤΤ ΑΠ 614/013/28-07-2011 «Ορισμός Εθνικής Αγοράς Χονδρικής Παροχής (Φυσικής) Πρόσβασης σε Υποδομή Δικτύου (συμπεριλαμβανομένης μεριζόμενης και πλήρως αποδεσμοποιημένης πρόσβασης) σε σταθερή θέση, Καθορισμός Επιχειρήσεων με Σημαντική Ισχύ στην εν λόγω Αγορά και Υποχρεώσεις αυτών (3ος Γύρος Ανάλυσης)», (ΦΕΚ 1908/Β΄/30-8-2011), ιδίως το άρθρο ΙΙΙ. Κανονιστικές Υποχρεώσεις, περίπτωση 3. Υποχρέωση πρόσβασης και χρήσης ειδικών ευκολιών δικτύου, παράγραφοι 3.1.1, 3.1.8, 3.1.9, καθώς περίπτωση 4. Υποχρέωση Αμεροληψίας (Μη Διακριτικής Μεταχείρισης), ιδίως οι παράγραφοι 4.1., 4.1.1 και 4.1.4 αυτής,

η) την απόφαση της ΕΕΤΤ ΑΠ 531/065/23-07-2009 «Ορισμός Εθνικής Αγοράς Χονδρικής Αδεσμοποίητης Πρόσβασης (συμπεριλαμβανομένης μεριζόμενης και πλήρους πρόσβασης) σε μεταλλικούς βρόχους και υποβρόχους, Καθορισμός Επιχειρήσεων με Σημαντική Ισχύ στην εν λόγω Αγορά και Υποχρεώσεις αυτών (2ος Γύρος Ανάλυσης)», (ΦΕΚ 1550/Β΄/28-7-2009), ιδίως το άρθρο ΙΙΙ. Κανονιστικές Υποχρεώσεις, περίπτωση 3. Υποχρέωση πρόσβασης και χρήσης ειδικών ευκολιών δικτύου, παράγραφοι 3.1.1, 3.1.7, 3.1.8, καθώς περίπτωση 4. Υποχρέωση Αμεροληψίας (Μη Διακριτικής Μεταχείρισης), ιδίως οι παράγραφοι 4.1.1 και 4.1.3 αυτής,

θ) την απόφαση της ΕΕΤΤ 675/09/2012 «Έγκριση της Προσφοράς Αναφοράς ΟΤΕ 2012 για την Αδεσμοποίητη Πρόσβαση στον Τοπικό Βρόχο και τις Σχετικές Υπηρεσίες, σε εφαρμογή της απόφασης της ΕΕΤΤ ΑΠ 614/013/28.07.2011 (ΦΕΚ 1908/Β΄/30.08.2011)», (ΦΕΚ 3402/Β΄/20-12-2012), ιδίως Παράρτημα 4, Παράγραφοι 4.5 και 4.6 και Παράρτημα 5 αυτής,

[1] Για λόγους ακρίβειας, σε όλο το κείμενο της απόφασης χρησιμοποιείται η εταιρική επωνυμία «ΟΤΕ Α.Ε», και όχι η πρόσφατη ονομασία όμιλος «COSMOTE SA»,που ακολούθησε μετά το rebranding της εταιρείας, ακριβώς επειδή κατά τη χρονική περίοδο εξέτασης από την ΕΕΤΤ βάσει των καταγγελιών και της διεξαχθείσης ακρόασης, χρησιμοποιούταν η πρώτη ονομασία.

ι) την απόφαση της ΕΕΤΤ 573/015/22-7-2010 αναφορικά με την «Έγκριση της Προσφοράς Αναφοράς ΟΤΕ 2010 για την Αδεσμοποίητη Πρόσβαση στον Τοπικό Βρόχο και τις Συναφείς Ευκολίες, σε εφαρμογή της ΑΠ ΕΕΤΤ 531/065/23-07-2009» (ΦΕΚ 1338/Β΄/31-8-2010), τροποποιηθείσα με τις ΑΠ ΕΕΤΤ 580/010/14-10-2010 (ΦΕΚ 1814/Β΄/19-11-2010) και 612/025/2011 (ΦΕΚ 1952/Β΄/2.9.2011), ιδίως στις παραγράφους 2.2 και 2.6 και τα Παραρτήματα 11 και 14 αυτής,

ια) την απόφαση της ΕΕΤΤ με ΑΠ 748/08/05-02-2015 - (ΤροποποίησηΔιατάξεωντηςΑΠΕΕΤΤ675/09/11-12-2012 (ΦΕΚ 3402/Β΄/20-12-2012) - «Έγκριση Προσφοράς Αναφοράς ΟΤΕ 2012 για την Αδεσμοποίητη Πρόσβαση στον Τοπικό Βρόχο και τις Σχετικές Υπηρεσίες, σε εφαρμογή της απόφασης της ΕΕΤΤ ΑΠ 614/013/28-07-2011 (ΦΕΚ 1908/Β΄/30-08-2011)» (ΦΕΚ 3402/Β΄/20-12-2012),

ιβ) την απόφαση της ΕΕΤΤ με ΑΠ. 598/010/31-03-2011 «Τροποποίηση της απόφασης ΑΠ. ΕΕΤΤ 566/016/3-6-2010 «Τροποποίηση και Κωδικοποίηση σε ενιαίο κείμενο του Κανονισμού Φορητότητας αριθμών στην Ελληνική Αγορά» (ΦΕΚ 967/Β΄/30-6-2010), όπως ισχύει τροποποιηθείσα με την απόφαση ΑΠ. ΕΕΤΤ 586/06/30-11-2010 (ΦΕΚ 2052/Β΄/31-12-2010)»,

ιγ) την απόφαση της ΕΕΤΤ 676/41/2013 «Κανονισμός Γενικών Αδειών», (ΦΕΚ 298/Β΄/14-2-2013),

ιδ) την απόφαση της ΕΕΤΤ ΑΠ 249/115 «Κανονισμός Ακροάσεων για Θέματα Τηλεπικοινωνιών» (ΦΕΚ 642/Β΄/23.05.2002),

ιε) την απόφαση της ΕΕΤΤ 700/019/29-08-2013 «Λήψη απόφασης επί της διαδικασίας Ακροάσεως της 18ης Απριλίου 2013 των εταιρειών «ΟΤΕ Α.Ε» αφενός και «Hellas On Line», «CYTA HELLAS», «FORTHNET A.E» και «WIND HELLAS» αφετέρου, με αντικείμενο την από 07-03-2013 καταγγελία/αίτηση λήψης Προσωρινών Μέτρων και έκδοσης Προσωρινής Διαταγής της εταιρείας «Hellas On Line», καθώς και αναφορές των λοιπών εταιρειών κατά της ΟΤΕ Α.Ε, σχετικά με την ύπαρξη σημαντικών καθυστερήσεων στην υλοποίηση αιτημάτων και τη διαχείριση βλαβών υπηρεσίας Τοπικού Βρόχου και τη νομική διερεύνηση αυτών με βάση τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών και το άρθρο 2 του ν. 3959/2011 (ΦΕΚ 93/Α΄/20-04-2011)»,

ιστ) την από 44646/14-11-2014 Καταγγελία της εταιρείας «WIND HELLAS A.E.B.E», αναφορικά με διακριτική μεταχείριση του λιανικού άκρου της εταιρείας «ΟΤΕ Α.Ε» έναντι της εταιρείας μας κατά τη διαδικασία κατασκευής Τοπικού βρόχου και τα συνημμένα σε αυτήν έγγραφα:

- (σχετ. 1) την υπ’ αριθ. 5422/10-02-2012 επιστολή της WIND με θέμα «Διαδικασία επιστροφής ΤοΒ με φορητότητα στον ΟΤΕ»

- (σχετ. 2) την υπ’ αριθ. 15295/19-04-2012 επιστολή της WIND με θέμα «Διαδικασία επιστροφής ΤοΒ με φορητότητα στον ΟΤΕ-Φεβ 2012»

- (σχετ. 3) την υπ’ αριθ. 17584/08-05-2012 επιστολή της WIND με θέμα «Διαδικασία επιστροφής ΤοΒ με φορητότητα στον ΟΤΕ-ΜΑΡ 2012»,

- (σχετ. 4) την υπ’ αριθ. 18826/17-05-2012 επιστολή της WIND με θέμα «Διαδικασία επιστροφής ΤοΒ με φορητότητα στον ΟΤΕ-Απρίλιος 2012»,

- (σχετ. 5) την υπ’ αριθ. 39270/23-10-2012 επιστολή της WIND με θέμα «Διακριτική μεταχείριση στην υλοποίηση ΤοΒ με φορητότητα προς ΟΤΕ»,

- (σχετ. 6) την υπ’ αριθ. 27690/24-03-2014 επιστολή που αφορά στην με ΑΡ. 11288/20-03-2014 απόφαση της ΕΕΤΤ με θέμα «Υποβολή στοιχείων δυνάμει της απόφασης της ΕΕΤΤ ΑΠ 700/19/29-08-2013»,

- (σχετ. 7) την υπ’ αριθ. 18261/02-05-2014 επιστολή της WIND με θέμα «Υποβολή στοιχείων δυνάμει της απόφασης της ΕΕΤΤ ΑΠ 700/19/29-08-2013»,

- (σχετ. 8) την υπ’ αριθ. 30764/30-07-2014 επιστολή της WIND με θέμα «Διακριτική μεταχείριση από την εταιρεία ΟΤΕ Α.Ε»,

ιζ) την υπ’ αριθ. 50343/23-12-2014 καταγγελία της εταιρείας «HELLAS ON LINE A.E» με θέμα «Καταγγελία της εταιρείας «HELLAS ON LINE A.E» κατά της ΟΤΕ Α.Ε αναφορικά με τη διακριτική μεταχείριση την οποία απολαμβάνει το λιανικό άκρο της εταιρείας ΟΤΕ Α.Ε έναντι της «HELLAS ON LINE A.E» κατά τη διαδικασία κατασκευής/παροχής Τοπικού Βρόχου»,

ιη) την με αρ. 11288/20-03-2014 απόφαση της ΕΕΤΤ με θέμα «Υποβολή στοιχείων δυνάμει της απόφασης της ΕΕΤΤ ΑΠ 700/19/29-08-2013» προς τις εταιρείες WIND, OTE, FORTHNET, CYTA, και «Helllas On Line A.E»,

ιθ) την με αρ. πρ. 17968/30-04-2014 επιστολή της εταιρείας «Helllas On Line A.E», με θέμα «Υποβολή στοιχείων δυνάμει της απόφασης της ΕΕΤΤ με ΑΠ 700/19/29-08-2013»,

κ) την με αρ. πρ. 17969/30-04-2014 επιστολή της εταιρείας «FORTHNET A.E», με θέμα «Υποβολή στοιχείων σε εκτέλεση της υπ’ αριθ. 11888/Φ.610/20-03-2014 απόφασης της ΕΕΤΤ»,

κα) την με αρ. πρ. 18231/02-05-2014 επιστολή της εταιρείας «CYTA ΕΛΛΑΣ Α.Ε», με θέμα «Υποβολή συμπληρωματικών στοιχείων δυνάμει της απόφασης της ΕΕΤΤ ΑΠ 700/19/29-08-2013»,

κβ) την επιστολή ΟΤΕ προς την ΕΕΤΤ με αριθ. Πρωτ. ΕΕΤΤ 15086/09-04-2014 «Αίτημα χορήγησης παρατάσεως της προθεσμίας των τριάντα (30) ημερών για την υποβολή στοιχείων από την ΟΤΕ Α.Ε επί της υπ’ αριθ. 11288/Φ.610/20-03-2014 επιστολής της ΕΕΤΤ, η οποία κοινοποιήθηκε στον ΟΤΕ στις 24/03/2014»,

κγ) την επιστολή ΟΤΕ προς ΕΕΤΤ με αριθ. Εμπ. Πρωτ. 5269/Φ.960/30-04-2014 με θέμα «Υποβολή στοιχείων δυνάμει της απόφασης της ΕΕΤΤ ΑΠ 700/19/29-08-2013»,

κδ) την υπ’ αριθ. 30177/31-03-2015 εισήγηση της αρμόδιας υπηρεσίας της ΕΕΤΤ,

κε) την με αρ. πρ. 15716./Φ.610/16-04-2015 απόφαση του Αντιπροέδρου της ΕΕΤΤ «Ορισμός μελών Επιτροπής Ακρόασης δυνάμει της με αρ. πρ. 755/08/02-04-2015 απόφασης της Ολομέλειας της ΕΕΤΤ»,

κστ) την με αρ.πρ. 13047/17-04-2015 Πράξη Διεξαγωγής Ακρόασης η οποία κοινοποιήθηκε στις εταιρείες «ΟΤΕ Α.Ε», «Hellas On Line A.E», «CYTA HELLAS A.E», «FORTHNET A.E» και «WIND HELLAS A.E.B.E»,

κζ) την με αρ. πρ. 20269/23-06-2015 επιστολή κοινοποίησης των απομαγνητοφωνημένων πρακτικών της διεξαχθείσης ακρόασης,

κη) το με αρ. πρ. 24962/21-08-2015 υπόμνημα της εταιρείας «ΟΤΕ Α.Ε», με τον συνημμένο οπτικό δίσκο (CD) και άλλα έγγραφα,

κθ) το με αρ. πρ. 5946/Φ.960/21-08-2015 υπόμνημα της εταιρείας «WIND HELLAS A.E.B.E», με συνημμένο οπτικό δίσκο (CD), καθώς και την με ΑΡ. ΠΡ. 5955/Φ.960/04-09-2015 ορθή επανάληψη του προσκομισθέντος οπτικού δίσκου (CD),

λ) το με αρ. πρ. 24535/12-08-2015 υπόμνημα της εταιρείας «Hellas On Line A.E», με τον συνημμένο οπτικό δίσκο (CD) και άλλα έγγραφα,

λα) το με αρ. πρ. 25051/24-08-2015 υπόμνημα της εταιρείας «FORTHNET A.E», με συνημμένο οπτικό δίσκο (CD),

λβ) το με αρ. πρ. 24944/21-08-2015 υπόμνημα της εταιρείας «CYTA HELLAS A.E», με συνημμένο οπτικό δίσκο (CD),

λγ) τα λοιπά προσκομισθέντα έγγραφα, καθώς και την ενώπιον της Επιτροπής Ακροάσεων της ΕΕΤΤ διεξαχθείσα προφορική διαδικασία, και

λδ) την υπ’ αριθ. 31686/04-09-2017 εισήγηση της αρμόδιας υπηρεσίας της ΕΕΤΤ.

Και επειδή:

Ι. ΙΣΤΟΡΙΚΟ - ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ

1. Η εταιρεία «WIND A.E.B.E» και η εταιρεία «HELLAS ON LINE A.E» υπέβαλαν τις από 44646/14-11-2014 και 50343/23-12-2014 (σχετ. ιστ και ιζ’) σχετικές καταγγελίες τους στην ΕΕΤΤ, με τις οποίες επικαλούντο ευθεία διακριτική μεταχείριση της εταιρείας «ΟΤΕ Α.Ε», υπέρ του λιανικού της άκρου και έναντι των καταγγελλόντων εταιρειών, επισημαίνοντας ότι παραβιάζονται από την «ΟΤΕ ΑΕ» οι συμβατικοί χρόνοι κατασκευής και παράδοσης Τοπικού Βρόχου (επανασύνδεση ΕΝΤΟΒ στο δίκτυο ΟΤΕ), όπως αυτοί ορίζονται στην Προσφορά Αναφοράς για την Αδεσμοποίητη Πρόσβαση στον τοπικό βρόχο και τις Συναφείς Ευκολίες (RUO 2012), ως ισχύει τροποποιηθείσα.

2. Η ΕΕΤΤ, σε συνέχεια της προηγουμένως εκδοθείσης με ΑΠ. 700/019/29-08-2013 απόφασής της (σχετ. ιε), είχε ήδη αποστείλει σχετική επιστολή προσκόμισης σχετικών στοιχείων προς τις εταιρείες «WIND A.EB.E», «FORTHNET A.E», «CYTA A.E», «HELLAS On Line A.E», αλλά και «ΟΤΕ Α.Ε» (νυν COSMOTE A.E), προκειμένου να διαπιστώσει αν και κατά πόσο συμμορφώνεται η εταιρεία ΟΤΕ με τις ρυθμιστικές της υποχρεώσεις ως προς τις προθεσμίες κατασκευής και παράδοσης Βρόχου, σε σύγκριση με την ανταπόκριση της εταιρείας ΟΤΕ προς το λιανικό της άκρο.

3. Στην επιστολή της ΕΕΤΤ οι ως άνω εταιρείες, αλλά και η εταιρεία ΟΤΕ Α.Ε, προσκόμισαν τις απαντητικές τους επιστολές, οι οποίες, με τις αναφορές των ως άνω εταιρειών, ελήφθησαν υπόψη προκειμένου να συνεξεταστούν στο πλαίσιο της παρούσης ακρόασης.

4. Σε συνέχεια της κοινοποίησης της με ΑΡ. ΠΡ. 13047/Φ.391/17-04-2015 Πράξης Διεξαγωγής ακρόασης, εκλήθησαν σε ακρόαση στην ΕΕΤΤ οι εταιρείες «ΟΤΕ Α.Ε», «Hellas On Line A.E», «CYTA HELLAS A.E», «FORTHNET A.E» και «WIND HELLAS A.E.B.E».

5. Στις 28 Μαΐου 2015 και ώρα 14.00 στα γραφεία της Εθνικής Επιτροπής Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων (ΕΕΤΤ), Κηφισίας 60, Μαρούσι, συνήλθε η δια της με υπ’ αρ. πρ. 15716./Φ.610/16-04-2015 απόφασης του Αντιπροέδρου της ΕΕΤΤ «Ορισμός μελών Επιτροπής Ακρόασης δυνάμει της με ΑΡ.ΑΠ.755/008/02-04-2015 απόφασης της Ολομέλειας της ΕΕΤΤ», ορισθείσα Τριμελής Επιτροπή Ακρόασης, αποτελούμενη από τους, Ι. Τζιώνα, ως Πρόεδρο, και τους Παπαουλάκη Νικόλαο, Αντιπρόεδρο Τηλεπικοινωνιών ΕΕΤΤ και, Ι. Αναστασάκο, Μέλος της Ολομέλειας της ΕΕΤΤ, ως μέλη της Επιτροπής ακρόασης, συμπαριστάμενης της δικηγόρου Ξανθής Μπιτζίδου, τελούσας και χρέη Γραμματέα, και του στελέχους της ΕΕΤΤ Διονύση Λιναρδάτου, ενώ παραστάθηκε επίσης η Διευθύντρια Τηλεπικοινωνιών της ΕΕΤΤ Β. Γώγου καθώς και ο Προϊστάμενος του τμήματος εποπτείας και ελέγχου της ΕΕΤΤ Β. Γκίζης. Η ακρόαση είχε ως θεματικό αντικείμενο τη νομική διερεύνηση των καταγγελιών των εταιρειών «WIND HELLAS A.E.B.E» και «HELLAS ON LINE A.E», καθώς και τις αναφορές των λοιπών εταιρειών «FORTHNET A.E» και «CYTA A.E» κατά της «ΟΤΕ Α.Ε», σχετικά με την ύπαρξη διαφοροποιήσεων στους χρόνους υλοποίησης αιτημάτων ΤοΒ από την εταιρεία «ΟΤΕ Α.Ε» υπέρ του λιανικού της άκρου, και ιδίως τη νομική διερεύνηση αυτών με βάση τα άρθρα 12 στοιχεία β), στ), η), κστ), λδ), 47 παρ. 4, 77, παρ. 1 και 2 του ν. 4070/2012 (ΦΕΚ 82/Α΄/10.04.20120), καθώς και τα άρθρα 2 του ν. 3959/2011 (ΦΕΚ 93/Α΄/20-4-2011) ή/και 102 ΣΛΕΕ.

6. Στην Ακρόαση, νομίμως παραστάθηκε η εταιρεία «Οργανισμός Τηλεπικοινωνιών της Ελλάδος Α.Ε.» διά της πληρεξουσίας δικηγόρου της Ε. Λαμπαδάρη, ενώ συμπαρίσταντο οι Μουζουράκης Γεώργιος και Γιαννακάκου Σταυρούλα από τη Γενική Διεύθυνση Ρυθμιστικών Θεμάτων. Η καταγγέλλουσα εταιρεία WIND παραστάθηκε δια των πληρεξουσίων δικηγόρων της Τόμπρα Θεοδόση και Αντωνίας Περράκη, ενώ συμπαρίστατο και ο Γκάτσιος του τμήματος παρόχων της εταιρείας. Αντίστοιχα, η εταιρεία HELLAS ON LINE εκπροσωπήθηκε από τον νομικό της σύμβουλο Νίκο Νικολινάκο, την Κατερίνα Μανέλη, Regulatory affairs manager και την Νίκη Ξενικάκη, Interconnection officer. Η εταιρεία FORTHNET εκπροσωπήθηκε από τους δικηγόρους της Ειρήνη Καρβώνη και Πέτρο Μαρούδα, ενώ συμπαραστάθηκαν επίσης οι Μιχάλης Καλλέργης και Ανδρέας Αναστασόπουλος από το τμήμα παρόχων. Τέλος, η εταιρεία CYTA παραστάθηκε δια του δικηγόρου Κ. Βαγενά και της Μάρθας Δημητρίου από το ρυθμιστικό της CYTA.

7. Με την υπ’ αριθ. 20269/Φ.800/23-06-2015 επιστολή της ΕΕΤΤ, κοινοποιήθηκαν στις ως άνω εταιρείες τα πρακτικά της διεξαχθείσης ακρόασης, προκειμένου τα συμμετέχοντα μέρη να υποβάλλουν τα υπομνήματά τους, σύμφωνα με την προβλεπόμενη διαδικασία, ενώ για πρακτικούς λόγους στη συλλογή στοιχείων απεστάλη από την ΕΕΤΤ ειδικό template προς συμπλήρωση, από τα συμμετέχοντα στην ακρόαση μέρη, των στοιχείων που αφορούσαν στην παράδοση των ΤοΒ για την επίμαχη χρονική περίοδο (ΙΑΝ.2012- ΔΕΚ.2014).

8. Με τις κη΄, κθ΄, λ΄, λβ΄, λγ’ επιστολές τους, οι κληθείσες στην ακρόαση εταιρείες, υπέβαλλαν τα υπομνήματά τους, σύμφωνα με την προβλεπόμενη διαδικασία.

ΙΙ. ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΟ ΚΑΤΑΓΓΕΛΙΩΝ

ΙΙ α. Η καταγγελία της εταιρείας «WIND HELLAS A.E.B.E»

9. Με την με αρ. πρ. 44646/14-11-2014 καταγγελία της, η εταιρεία WIND κατήγγειλε τη διακριτική μεταχείριση

στην οποία προβαίνει η εταιρεία ΟΤΕ υπέρ του λιανικού της άκρου και έναντι της εταιρείας WIND, κατά τη διαδικασία κατασκευής Τοπικού Βρόχου, ισχυριζόμενη ότι παραβιάζει έτσι τόσο τις ρυθμιστικές της υποχρεώσεις (ως πάροχος με SMP), όσο και τις διατάξεις περί δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού.

10. Ειδικότερα, η εταιρεία, αναφερόμενη σε προηγούμενες, ήδη από το 2012, επιστολές της επικαλούνταν, με αντίστοιχη ανάλυση των σχετικών στοιχείων, ότι οι κατασκευές των Τοπικών βρόχων για συνδρομητές του λιανικού άκρου της ΟΤΕ Α.Ε, υλοποιούταν σε … εργάσιμες ημέρες ή λιγότερο, ενώ αντίθετα οι χρόνοι κατασκευής ΤοΒ για συνδρομητές της εταιρείας WIND στο συντριπτικό ποσοστό των αιτημάτων (...%) υλοποιούταν σε …. (…) εργάσιμες ημέρες. Για δε το χρονικό διάστημα από το 2012 έως και το 2014, η καταγγέλλουσα εταιρεία προσκόμισε επίσης αναλυτικά στοιχεία, με τα οποία επιχειρούσε να τεκμηριώσει την μεγάλη διαφοροποίηση στους χρόνους υλοποίησης των αιτημάτων ΤοΒ μεταξύ του λιανικού άκρου της εταιρείας ΟΤΕ και της καταγγέλλουσας εταιρείας.

11. Η καταγγέλλουσα επικαλέστηκε ότι η ως άνω πρακτική του ΟΤΕ είχε σοβαρή αρνητική επίπτωση στην εμπορική φήμη της εταιρείας, αφού με την εν λόγω παρελκυστική τακτική του ΟΤΕ οι συνδρομητές αποκτούσαν την αντίληψη ότι είναι ταχύτερη και αποτελεσματικότερη η εξυπηρέτηση από τον ΟΤΕ, και άρα ποιοτικότερες οι υπηρεσίες του σε αντίθεση με τις υπηρεσίες των άλλων παρόχων (και δη της εταιρείας WIND), είχε επίσης δυσμενέστατες οικονομικές συνέπειες για την εταιρεία, ενώ δημιουργούσε και εξακολουθεί να δημιουργεί άνισους όρους ανταγωνισμού στην απόκτηση νέων πελατών και στην διατήρηση των υφιστάμενων. Για την υπαναχώρηση πελατών, η καταγγέλλουσα εταιρεία ισχυρίστηκε ότι η ΟΤΕ επιδόθηκε συστηματικά σε εκστρατεία διατήρησης πελατών που είχαν υποβάλλει αιτήματα μετάβασης στο δίκτυο της WIND, η καθυστέρηση στην υλοποίηση των οποίων επέτρεψε στην ΟΤΕ Α.Ε να έρθει σ’ επαφή με περισσότερους συνδρομητές, παρέχοντας έτσι επαρκή χρόνο για την ολοκλήρωση των απαιτούμενων ενεργειών για την υπαναχώρηση των εν λόγω συνδρομητών, σε αντίθεση με την περίπτωση των συνδρομητών που επιθυμούσαν να μεταβούν στην ΟΤΕ Α.Ε, αφού η δυσκολία στην υλοποίηση των αιτημάτων υπαναχώρησης ήταν τεράστια.

12. Η εταιρεία αιτήθηκε την άμεση έκδοση απόφασης από την ΕΕΤΤ, με την επιβολή των κατάλληλων κυρώσεων, τόσο του ν. 4070/2012, όσο και του ν. 3959/2011 και τη λήψη μέτρων για την άμεση παύση της παράνομης πρακτικής του ΟΤΕ.

ΙΙ β. Η καταγγελία της εταιρείας «HELLAS ON LINE Α.Ε»

13. Με τη σειρά της, η εταιρεία HELLAS ON LINE, παρουσίασε επίσης σχετικά στοιχεία για την διακριτική μεταχείριση της εταιρείας ΟΤΕ απέναντί της, εκκινώντας από το έτος 2012, όπου ήδη με τα προσκομισθέντα στοιχεία έκανε λόγο για προφανή διακριτική μεταχείριση από πλευράς του ΟΤΕ ως προς την υλοποίηση και παράδοση των τοπικών βρόχων (ΤοΒ), σύμφωνα με την οποία η ΟΤΕ ενεργοποιεί εντός ταχύτερου δυνατού χρονικού διαστήματος τη σύνδεση των συνδρομητών που αιτούνται μετάβαση στο δίκτυό της, ενώ ταυτόχρονα εξαντλεί ή ακόμα και υπερβαίνει την προθεσμία ενεργοποίησης των πελατών λιανικής της HELLAS ON LINE.

14. Συγκεκριμένα, η εταιρεία παρέθεσε αναλυτικούς συγκριτικούς πίνακες για τα έτη 2012, 2013 και 2014, ειδικά για τους χρόνους μετάβασης των συνδρομητών της HELLAS ON LINE, οι οποίοι μετέβησαν στο δίκτυο του ΟΤΕ για το εν λόγω χρονικό διάστημα, καθώς και τους χρόνους μετάβασης των συνδρομητών του ΟΤΕ και άλλων παρόχων, οι οποίοι μετέβησαν στο δίκτυο της HELLAS ON LINE, κατά το ίδιο χρονικό διάστημα. Σύμφωνα με τα στοιχεία της εταιρείας, ο μέσος χρόνος μετάβασης ενός συνδρομητή από τη HELLAS ON LINE προς τον ΟΤΕ ήταν … εργάσιμες ημέρες, ενώ για τα έτη 2012 και 2013 ήταν …. και … εργάσιμες ημέρες αντίστοιχα. Για την μετάβαση συνδρομητών από την ΟΤΕ προς την HELLAS ON LINE ήταν … εργάσιμες ημέρες για το έτος 2014, …. εργάσιμες ημέρες για το 2013 και … εργάσιμες ημέρες για το έτος 2012. Ειδικότερα δε για το τους μήνες Μάιο, Ιούνιο και Σεπτέμβριο του 2014, η καταγγέλλουσα ισχυρίστηκε πως από τον συνολικό αριθμό συνδρομητών που μετέβησαν από την HELLAS ON LINE στο δίκτυο του ΟΤΕ, τουλάχιστον το …% αυτών μετέβησαν στο δίκτυο του ΟΤΕ σε διάστημα μικρότερο ακόμα και των … (…) εργασίμων ημερών!

ΙΙ γ. Η με ΑΠ. 700/019/29-08-2013 απόφασή της ΕΕΤΤ

15. Να επισημανθεί ότι η ΕΕΤΤ, πριν προχωρήσει στη σχετική ακρόαση, είχε προηγουμένως επίσης εξετάσει σχετικές καταγγελίες εναντίον της εταιρείας ΟΤΕ, για μη τήρηση των κανονιστικών της υποχρεώσεων στην παροχή των χονδρικών υπηρεσιών και διακριτική μεταχείριση υπέρ του λιανικού της άκρου, βάσει των οποίων εξέδωσε τελικώς και την με Αρ. ΑΠ. 700/019/29-08-2013 απόφασή της (σχετ. ιε). Στο διατακτικό της ίδιας απόφασης, η ΕΕΤΤ είχε επιφυλαχτεί ως προς την ύπαρξη της πρακτικής-παράβασης της «διακριτικής μεταχείρισης», διαπιστώνοντας την ανάγκη διενέργειας συμπληρωματικής έρευνας για τη συλλογή των απαραίτητων στοιχείων τόσο από την εταιρεία ΟΤΕ Α.Ε, όσο και από τα υπόλοιπα διάδικα μέρη.

16. Σε συνέχεια της ανωτέρω απόφασης, η ΕΕΤΤ με την με Αρ. 11288/Φ.610/20-03-2014 επιστολή της, κάλεσε τα μέρη καθώς και την εταιρεία ΟΤΕ, να υποβάλλουν τα σχετικά αιτηθέντα στοιχεία για τους χρόνους ανταπόκρισης της ΟΤΕ απέναντι στα αιτήματα των παρόχων και σε σχέση/σύγκριση με την ανταπόκριση στο λιανικό του άκρο. Οι πάροχοι και η εταιρεία ΟΤΕ ανταποκρίθηκαν στο σχετικό αίτημα, προσκομίζοντας στην ΕΕΤΤ αναλυτικά τα σχετικά στοιχεία.

ΙΙΙ. ΙΣΧΥΡΙΣΜΟΙ ΤΩΝ ΜΕΡΩΝ

17. Οι εταιρείες προέβαλαν τους ισχυρισμούς τους τόσο κατά την διάρκεια της από 28 Μαΐου 2015 Ακρόασης, όσο και με τα έγγραφα Υπομνήματά τους. Συμπερασματικά, το σύνολο των ισχυρισμών των μερών, συνοψίζεται ως εξής:

1) Ισχυρισμοί της εταιρείας «ΟΤΕ Α.Ε»

18. Η εταιρεία ΟΤΕ ΑΕ πρόβαλε (τόσο κατά την ακροαματική διαδικασία όσο και με το υπόμνημά της), τους συνοπτικά κάτωθι αναφερόμενους ισχυρισμούς:

1) Η καταγγελλομένη εταιρεία ισχυρίστηκε πως δεν υπάρχει επί της ουσίας ζημία στους Τ.Π, και καμία απόδειξη συρρίκνωσης του ανταγωνισμού αφού, το σύνολο των καταγγελλόντων Τ.Π παρουσίασε έντονα αυξητικές τάσεις στην αγορά, γεγονός που, κατά την ίδια, αποδεικνύει πως δεν επήλθε κανένας περιορισμός στον ανταγωνισμό.

2) Υποστηρίζει δε πως αναγκαίο στοιχείο για την διαπίστωση παράβασης του δικαίου για την προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού είναι ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της καταχρηστικής συμπεριφοράς και του περιοριστικού στον ανταγωνισμό αποτελέσματος. Στην προκειμένη περίπτωση, κατά την καταγγελλομένη, η απώλεια πελατείας μπορεί να οφείλεται σε πλήθος άλλων παραγόντων και όχι απαραίτητα στους χρόνους υλοποίησης των αιτημάτων ΤοΒ από την καταγγελλομένη.

3) Η καταγγελλομένη υποστήριξε επίσης πως η ανάκτηση των πελατών δεν σχετίζεται με τον χρόνο μετάβασης ενός συνδρομητή από ένα δίκτυο στο άλλο, αφού υπάρχει ούτως ει άλλως η δυνατότητα του συνδρομητή στις συμβάσεις να υπαναχωρήσει αζημίως εντός διαστήματος 14 ημερών από τη λήψη υποδείγματος δήλωσης υπαναχώρησης και των πληροφοριών που αφορούν στους όρους άσκησής της.

4) Ως προς τους χρόνους υλοποίησης των αιτημάτων ΤοΒ, η καταγγελλομένη εταιρεία αμφισβητεί τους χρόνους των καταγγελλόντων εταιρειών, τονίζοντας ότι ιδίως οι χρόνοι μετάβασης των συνδρομητών από τους Τ.Π. στον ΟΤΕ είναι πολύ μεγαλύτεροι από αυτούς που αναφέρουν οι καταγγέλλοντες στις καταγγελίες τους. Διευκρινίζει δε πως για το διάστημα από τον Ιανουάριο του 2012 έως και τον Ιούνιο του 2013, ο μέσος χρόνος μετάβασης ενός συνδρομητή είναι …. ημέρες και όχι … ημέρες, όπως αναληθώς υποστήριξε η καταγγέλλουσα HOL. Αποδίδει δε την όποια διαφοροποίηση στις διαφοροποιήσεις ανάμεσα στις δυο διαδικασίες, αφενός αυτής που ακολουθείται κατά τη μετάβαση ενός συνδρομητή από ένα Τ.Π. στον ΟΤΕ σε σχέση με την διαδικασία μετάβασης από τον ΟΤΕ σε ένα Τ.Π. και τη σημασία που έχει η γνώση του φανταστικού αριθμού για τον ΟΤΕ.

5) Υποστηρίζει δε επιπλέον ότι στις περιπτώσεις μεταβάσεων συνδρομητή από ένα δίκτυο στο άλλο, ο συνδρομητής έχει υπηρεσίες, οι οποίες παραμένουν ενεργές σε όλο το χρονικό διάστημα υλοποίησης του αιτήματός του, ενώ καθοριστικό ρόλο για την συγκράτηση ή την απώλεια του πελάτη έχει η υπαναχώρηση του πελάτη από τη σύμβαση, δηλαδή η ματαίωση της σύμβασης. Η ίδια η εταιρεία υποστήριξε πως δεν έχει δημιουργήσει κανένα εμπόδιο για την υπαναχώρηση συνδρομητών, παρέθεσε δε και … περιπτώσεις υπαναχωρήσεων πελατών για τις οποίες ο ΟΤΕ προέβη σε πιστώσεις. Ανέφερε τέλος πως από τυποποιημένες συμβάσεις παρόχων (που επικαλείται), οι πάροχοι αποθαρρύνουν την επιστροφή των συνδρομητών του ΟΤΕ, σε αντίθεση με την περίπτωση της μετακίνησης από τους παρόχους στον ΟΤΕ, όπου παρέχεται χρονικό διάστημα 14 ημερών για υπαναχώρηση και καμία οικονομική επιβάρυνση για τον καταναλωτή.

Οι ως άνω ισχυρισμοί της καταγγελλομένης εταιρείας, αναλύονται περαιτέρω ως εξής:

1α) Ισχυρισμοί της εταιρείας ΟΤΕ κατά την ακροαματική διαδικασία

19. Κατά την ακροαματική διαδικασία της 28ης Μαΐου 2015, η εταιρεία ΟΤΕ υποστήριξε ότι η αγορά των βρόχων είναι ανταγωνιστική, καθώς η ρύθμιση έχει τεθεί ώστε να εξασφαλίσει ανταγωνιστικές συνθήκες στην αγορά. Ανέφερε δε ότι υπάρχει αύξηση των βρόχων με σταθερό ρυθμό, ότι τα μερίδια αγοράς των παρόχων δεν συρρικνώνονται, αντιθέτως αυξάνονται, και δεν υπάρχει κανένας κίνδυνος, ούτε πραγματικός ούτε δυνητικός, εκτοπισμού οιουδήποτε ανταγωνιστή της εταιρείας ΟΤΕ από την αγορά, ο οποίος να οφείλεται αιτιωδώς σε οποιαδήποτε συμπεριφορά της. Τόνισε πως οι πάροχοι δεν έχουν υποστεί καμία ζημία και δεν υπάρχει κανένας πρόσφορος αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της όποιας τυχόν ζημίας παρόχου και της συμπεριφοράς της εταιρείας ΟΤΕ, διότι η μετακίνηση των πελατών είναι ένα υγιές χαρακτηριστικό μιας ανταγωνιστικής αγοράς, σύμφυτο με τον επιχειρηματικό κίνδυνο και το επιχειρείν. Επίσης, δεν θα έπρεπε να εξεταστεί η παρούσα υπόθεση υπό το πρίσμα του άρθρου 102 της Συνθήκης της Ευρωπαϊκής Ένωσης καθώς, κατά την εταιρεία, δεν υπάρχει κανένας επηρεασμός διακοινοτικού εμπορίου.

20. Περαιτέρω, η καταγγελλομένη ανέφερε για τους χρόνους υλοποίησης, ότι για μεν τους ανενεργούς βρόχους η εικόνα είναι καλύτερη για τους παρόχους από ότι για την ίδια, για δε τους ενεργούς βρόχους παρουσιάζεται πράγματι μια μικρή διαφορά μεταξύ χονδρικής και λιανικής, μικρότερη αυτής που αναφέρουν οι πάροχοι, και συγκεκριμένα της τάξης των … με … ημερών στο διάστημα της καταγγελίας. Ισχυρίστηκε δε ότι η διαφορά στις μετρήσεις των χρόνων μεταξύ της εταιρείας ΟΤΕ και των παρόχων, οφείλεται στο γεγονός ότι η ίδια σε πολλές περιπτώσεις δεν έχει στη διάθεσή της τον φανταστικό αριθμό του βρόχου, με αποτέλεσμα για τη μετάβαση συνδρομητή από τους παρόχους στην ΟΤΕ να κατασκευάζεται νέος βρόχος, κάτι που δεν φαίνεται στο πληροφοριακό σύστημα, αλλά προκαλεί μια καθυστέρηση στον πραγματικό χρόνο που έρχεται στην ΟΤΕ ο πελάτης. Επίσης, η καταγγελλομένη σημείωσε ότι υπάρχει σταδιακά βελτίωση στους χρόνους παράδοσης της χονδρικής υπηρεσίας από το έτος 2012, λόγω και της υλοποίησης από τον Δεκέμβριο του 2013 της API πρόσβασης των παρόχων στο πληροφοριακό σύστημά της, με αποτέλεσμα μέσα στο έτος 2015 ο χρόνος να είναι μικρότερος από τις 8 ημέρες που ορίζει το RUO και πρότεινε τη δέσμευση της εταιρείας ΟΤΕ, (εφόσον είναι αποδεκτό από τους παρόχους), σε χρόνο υλοποίησης της χονδρικής υπηρεσίας στο εξής σε … ημέρες.

21. Η εταιρεία ΟΤΕ ανέφερε ότι η διαφορά της τάξης των … με … ημερών μεταξύ χονδρικής και λιανικής εξηγείται από τα εξής:

α. υπάρχουν δύο διαφορετικές διαδικασίες, μία της λιανικής υπηρεσίας και μία της χονδρικής, όπου η χονδρική έχει SLA και προβλέψεις, ενώ η λιανική όχι.

β. τα αιτήματα της χονδρικής υπηρεσίας ήταν πολύ περισσότερα από αυτά της λιανικής (περίπου ….. αιτή-

ματα χονδρικής ετησίως κατά μέσο όρο την περίοδο 2011-2014 έναντι …. αιτήματα λιανικής το μήνα) και παρουσίαζαν σημαντικά διαφορετικές διακυμάνσεις από τον μέσο όρο (π.χ. τον Ιούνιο 2014 η τυπική απόκλιση των παρόχων ήταν … αιτήματα ημερησίως, ενώ για τον ΟΤΕ ….).

γ. τα αιτήματα της χονδρικής ήταν πολύ περισσότερα και από τις προβλέψεις, ενώ τα υπερβάλλοντα (των προβλέψεων) αιτήματα η εταιρεία ΟΤΕ, δεν είχε κάποια τυπική υποχρέωση να τα υλοποιήσει σε κάποιο SLA.

22. Η εταιρεία ΟΤΕ ανέφερε επίσης ότι η διαφορά των … με … ημερών δεν εμποδίζει τον πελάτη της εταιρείας ΟΤΕ να υπαναχωρήσει καθώς, όταν ο πελάτης που έρχεται στην ΟΤΕ υπαναχωρεί, η εταιρεία ΟΤΕ αποδέχεται το δικαίωμα υπαναχώρησης, ο πελάτης τελικά φεύγει και η ΟΤΕ πιστώνει ακόμα και τη χρήση που έκανε ο πελάτης. Όλοι οι πελάτες που υποβάλλουν αίτηση υπαναχώρησης εντός 15 ημερών φεύγουν και πηγαίνουν στον πάροχό τους, χωρίς να χρεώνονται από την εταιρεία ΟΤΕ. Επίσης, η εταιρεία ΟΤΕ έχει παρατηρήσει ότι το ποσοστό υπαναχωρήσεων που έχει είναι το ίδιο με αυτό που έχουν όλοι οι πάροχοι.

1β. Ισχυρισμοί της εταιρείας ΟΤΕ με το υποβληθέν υπόμνημά της

23. Με το υπ’ αριθ. 24962/21-8-2015 Υπόμνημά της, η εταιρία ΟΤΕ αρνείται καθ’ ολοκληρίαν οποιαδήποτε παράβαση του ρυθμιστικού πλαισίου, του άρθρου 2 του ν. 3959/2011 καθώς και του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Η ΟΤΕ αναφέρει ότι, όχι μόνο δεν προσκομίστηκε από τους φέροντες το βάρος απόδειξης τηλεπικοινωνιακούς παρόχους (Τ.Π.) καμία απόδειξη συρρίκνωσης του ανταγωνισμού, αλλά δεν αποδεικνύεται συγκεκριμένο, σοβαρό και σημαντικό περιοριστικό αποτέλεσμα του ανταγωνισμού στο σύνολο της αγοράς καθώς οι λειτουργούντες τοπικοί βρόχοι των τηλεπικοινωνιακών παρόχων, έχουν έντονα αυξητικές τάσεις και οι καταγγέλλοντες Τ.Π. δεν έχουν υποστεί απώλειες των συνδρομητών τους. Κατά συνέπεια, ως συμπεραίνει στο Υπόμνημά της η εταιρεία ΟΤΕ, υπάρχει βεβαιότητα περί της ανυπαρξίας περιορισμού του ανταγωνισμού. Επίσης, συμπληρώνει ότι οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρο 102 ΣΛΕΕ δεν συντρέχουν διότι ελλείπει το αναγκαίο στοιχείο του επηρεασμού του διακοινοτικού εμπορίου.

24. Με το υπόμνημά της η εταιρεία ΟΤΕ Α.Ε. υπέβαλε αρχείο excel με μηνιαία στατιστικά στοιχεία του χρόνου υλοποίησης των αιτημάτων ενεργών, ανενεργών και μεριζόμενων τοπικών βρόχων, την κατανομή των χρόνων υλοποίησης των αιτημάτων ενεργών, ανενεργών και μεριζόμενων τοπικών βρόχων και την κατανομή των χρόνων υλοποίησης των αιτημάτων λιανικής της ΟΤΕ Α.Ε., τα οποία αφορούν τα έτη 2012 έως και 2014, όπως της ζητήθηκε από την ΕΕΤΤ κατά την διάρκεια της από 28/5/2015 ακρόασης.

25. Περαιτέρω, η εταιρεία αναφέρει και στο Υπόμνημά της ότι δεν υφίσταται αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ οποιασδήποτε τυχόν διαφοροποίησης στους χρόνους υλοποίησης των αιτημάτων τοπικού βρόχου και σε απώλεια πελατείας (των παρόχων), διότι αυτή μπορεί να οφείλεται σε πλήθος άλλων παραγόντων που αφορούν σε υγιή λειτουργία του ανταγωνισμού (ευνοϊκότερη προσφορά, καλύτερη εξυπηρέτηση κ.λπ.). Ο ΟΤΕ σημειώνει ότι οποιαδήποτε τυχόν διαφοροποίηση στον χρόνο μετάβασης ενός συνδρομητή από ένα δίκτυο σε άλλο, δεν ασκεί επιρροή στην ανάκτηση του πελάτη, ο οποίος μπορεί αζημίως να υπαναχωρήσει από τη σύμβαση, ο δε προμηθευτής έχει ικανό χρονικό περιθώριο να τον ξανακερδίσει, επομένως η παραμονή ή απώλεια του πελάτη ανάγεται αποκλειστικά στον επιχειρηματικό κίνδυνο.

26. Αναφορικά δε με τους ισχυρισμούς των καταγγελλόντων παρόχων, η εταιρεία ΟΤΕ αναφέρει ότι οι χρόνοι μετάβασης των συνδρομητών από την εταιρεία WIND και τη HOL προς την ίδια, είναι πολύ μεγαλύτεροι από τους χρόνους που αναφέρονται στις καταγγελίες των δύο εταιρειών. Αυτό, κατά την ίδια, οφείλεται στη διαφοροποίηση των δύο διαδικασιών μετάβασης (από την ΟΤΕ στον Τ.Π. και από τον Τ.Π. στην ΟΤΕ), ως προς τον φανταστικό αριθμό του βρόχου. Κατά τη μετάβαση από την ΟΤΕ στον Τ.Π. δεν απαιτείται ο φανταστικός αριθμός, ενώ από τον Τ.Π. στην ΟΤΕ είναι απαραίτητος. Στις περιπτώσεις που ο συνδρομητής δεν γνωρίζει τον φανταστικό αριθμό του βρόχου του, η εταιρεία ΟΤΕ ζητά να ενημερωθεί για αυτόν από τον Τ.Π. μέσω του πληροφοριακού συστήματος WCRM εντός 2 εργάσιμων ημερών. Στις περισσότερες περιπτώσεις ο Τ.Π. δεν δίνει τον αριθμό του τοπικού βρόχου, ενώ υπάρχουν περιπτώσεις που απορρίπτει το αίτημα είτε λόγω μη ταυτοποίησης στοιχείων είτε λόγω μη εισαγωγής φανταστικού αριθμού. Τότε η εταιρεία ΟΤΕ είναι υποχρεωμένη να κατασκευάσει νέο βρόχο για τον πελάτη της. Η ανωτέρω καθυστέρηση υλοποίησης δεν περιλαμβάνεται στους χρόνους υλοποίησης των αιτημάτων μετάβασης από τον Τ.Π. στην ΟΤΕ που υπέβαλε η εταιρεία ΟΤΕ με το Υπόμνημά της. Η ΟΤΕ αναφέρει επίσης στο Υπόμνημά της ότι τα κατά έτη 2012, 2013 και 2014 υπέβαλε …, … και … αιτήματα μετάβασης στην ΟΤΕ, αντίστοιχα, εκ των οποίων τα …, … και …, αντίστοιχα, είχαν κατατεθεί χωρίς φανταστικό αριθμό και απορρίφθηκαν λόγω μη ταυτοποίησης στοιχείων. Οι απορρίψεις έγιναν στην πλειοψηφία τους μετά από … εργάσιμες ημέρες και επομένως το αίτημα μετάβασης στην εταιρεία ΟΤΕ εισήχθη μετά από … εργάσιμες ημέρες τουλάχιστον.

27. Η εταιρεία θεωρεί επίσης ότι ο χρόνος υλοποίησης της μετάβασης του συνδρομητή από το ένα δίκτυο στο άλλο δεν έχει βαρύνουσα σημασία για τον συνδρομητή, καθώς οι υπηρεσίες του παραμένουν ενεργές σε όλο το χρονικό διάστημα υλοποίησης του αιτήματός του. Αντίθετα, καθοριστικό ρόλο για τη συγκράτηση ή την απώλεια του πελάτη έχει η πολιτική που ακολουθεί κάθε πάροχος στο ζήτημα της υπαναχώρησης του πελάτη από τη σύμβαση, σύμφωνα με τις κείμενες σχετικές διατάξεις.

28. Όπως επίσης σημειώνει στο Υπόμνημά της η καταγγελλομένη εταιρεία ΟΤΕ, δεν δημιουργεί κανένα εμπόδιο για τον συνδρομητή να υπαναχωρήσει και να ενεργοποιηθεί η τηλεφωνική του σύνδεση στο δίκτυο της επιλογής του, είτε αυτό ταυτίζεται με το δίκτυο στο οποίο λειτουργούσε η τηλεφωνική του σύνδεση πριν την ενεργοποίηση στο δίκτυο του ΟΤΕ είτε όχι, και μάλιστα

αζημίως για τον συνδρομητή. Η εταιρεία παρέθεσε επίσης πίνακα … περιπτώσεων υπαναχωρήσεων συνδρομητών για τις οποίες οι πελάτες κατέθεσαν παράπονο στην ΕΕΤΤ και η ΟΤΕ προέβη σε πίστωση των χρεώσεων μετά την επιθυμία των πελατών για ενεργοποίηση σε άλλο πάροχο (αναλύει δε περαιτέρω τις … από αυτές τις περιπτώσεις). Η εταιρεία ΟΤΕ επισημαίνει επίσης ότι σε όλες τις περιπτώσεις, οι συνδρομητές τελικά μεταφέρθηκαν στο δίκτυο του Τ.Π. της αρεσκείας τους και διαγράφηκε το χρεωστικό υπόλοιπο του λογαριασμού τους για όλο το διάστημα λειτουργίας της σύνδεσής τους στην ΟΤΕ, παρά το γεγονός ότι το αίτημα ακύρωσης της αίτησης φορητότητας δεν κατατέθηκε έγκαιρα από συγκεκριμένους συνδρομητές και είχε ολοκληρωθεί η ενεργοποίηση της σύνδεσής τους στο δίκτυο της ΟΤΕ. Επίσης, η εταιρεία αναφέρει ότι προβαίνει σε πιστώσεις λογαριασμών ακόμα και στις περιπτώσεις που το αίτημα μετάβασης του συνδρομητή έχει κατατεθεί σε εμπορικό κατάστημα της ΟΤΕ (η ΟΤΕ αναλύει στο Υπόμνημά της … τέτοιες περιπτώσεις) ή δεν υπήρχε έγκυρο αίτημα υπαναχώρησης από πλευράς του συνδρομητή (η ΟΤΕ αναλύει στο Υπόμνημά της … τέτοιες περιπτώσεις), ενώ αντιθέτως, όπως προκύπτει από τις τυποποιημένες συμβάσεις τους, οι υπόλοιποι πάροχοι αποθαρρύνουν την επιστροφή συνδρομητών στην εταιρεία ΟΤΕ. Τέλος, η εταιρεία ΟΤΕ αναφέρει ότι από τους συνδρομητές που εκφράζουν την επιθυμία να επιστρέψουν στο δίκτυο του αρχικού Τ.Π. μετά την ενεργοποίησή τους στο δίκτυο της ΟΤΕ, βάσει της εμπειρίας της εταιρείας, η πλειοψηφία αυτών τελικά επιστρέφει στο δίκτυο του αρχικού Τ.Π., ενώ αναφέρει πως ο αριθμός των περιπτώσεων αυτών για το Α’ εξάμηνο του 2015 είναι περί τους … περιπτώσεις συνδρομητών.

2) Ισχυρισμοί της εταιρείας «WIND A.E.B.E»

29. Με την υπ’ αριθ. 44646/14-11-2014 καταγγελία της, η εταιρεία WIND καταγγέλλει τη διακριτική μεταχείριση της εταιρείας ΟΤΕ Α.Ε, υπέρ του λιανικού της άκρου και έναντι της καταγγέλλουσας κατά τη διαδικασία κατασκευής των τοπικών βρόχων καθώς και την κατάχρηση κατ’ αυτόν τον τρόπο της δεσπόζουσας θέσης της ΟΤΕ Α.Ε. στη χονδρική αγορά ΑΠΤΒ (Αδεσμοποίητης Πρόσβασης στον Τοπικό Βρόχο). Η καταγγέλλουσα αναφέρει ότι η ΟΤΕ Α.Ε. ήδη από το 2012 παρέχει σαφή προτεραιότητα στην κατασκευή τοπικών βρόχων που προορίζονται για συνδρομητές που μεταβαίνουν από άλλο πάροχο προς τον ΟΤΕ, υλοποιώντας αυτά πολύ ταχύτερα από τα αντίστοιχα αιτήματα τοπικού βρόχου που υποβάλλονται από τη WIND για τη σύνδεση των πελατών λιανικής με το δίκτυό της, παραθέτοντας μηνιαία και συγκεντρωτικά στοιχεία. Για το διάστημα από τον Ιανουάριο έως και τον Σεπτέμβριο του 2012, ο μέσος χρόνος μετάβασης από τη WIND στον ΟΤΕ ανέρχεται σε … εργάσιμες ημέρες, η διασπορά των αντίστοιχων τιμών είναι μικρή και περίπου το …% των αιτημάτων υλοποιείται σε … εργάσιμες ημέρες ή λιγότερο. Αντίθετα, για το ίδιο διάστημα ο μέσος χρόνος μετάβασης από τον ΟΤΕ στη WIND ανέρχεται σε … εργάσιμες ημέρες, η διασπορά των αντίστοιχων τιμών είναι μηδενική και περίπου το …% των αιτημάτων υλοποιείται σε … εργάσιμες ημέρες.

30. Η καταγγέλλουσα αναφέρει ότι μετά τις 30/9/2012 ακολούθησαν και παραβιάσεις από την «ΟΤΕ ΑΕ» τόσο των συμβατικών χρόνων κατασκευής και παράδοσης τοπικού βρόχου (επανασύνδεση ΕΝΤΟΒ στο δίκτυο ΟΤΕ) όσο και των χρόνων άρσης βλάβης, όπως αυτοί ορίζονται στην Προσφορά Αναφοράς για την Αδεσμοποίητη Πρόσβαση στον τοπικό βρόχο και τις Συναφείς Ευκολίες (RUO 2012).

31. Η καταγγέλλουσα ανέφερε ότι, συνεπεία της ανωτέρω συμπεριφοράς της εταιρείας ΟΤΕ, δημιουργείται σημαντική εμπορική και οικονομική ζημία στην εταιρεία. Συγκεκριμένα, η καταγγέλλουσα αναφέρει ότι η πρακτική του ΟΤΕ είχε αρνητική επίπτωση στην εμπορική φήμη και δυσμενέστατες οικονομικές συνέπειες για την εταιρεία. Οι συνδρομητές αντιλαμβάνονταν τη διαφορά στους χρόνους μετάβασης ανάμεσα στον ΟΤΕ και στη WIND ως ενδεικτική ποιοτικά υψηλότερων υπηρεσιών, ταχύτερης και αποτελεσματικότερης εξυπηρέτησης κλπ από την πλευρά της ΟΤΕ Α.Ε. και η αντίληψη αυτή παγιώνεται δεδομένου ότι η τακτική αυτή του ΟΤΕ ακολουθείται επί σειρά ετών. Επιπλέον, εάν οι συνδρομητές μετέβαιναν στη WIND στους χρόνους που γινόταν η μετάβαση στον ΟΤΕ, η εταιρεία θα είχε εισπράξει μεγαλύτερα έσοδα, τα οποία σύμφωνα με τους υπολογισμούς της, μόνο για την περίοδο Ιανουάριος έως Οκτώβριος 2014, ανέρχονται σε …. ευρώ. Αντίστοιχα, και κατά πάσα πιθανότητα μεγαλύτερα, εκτιμά η WIND ότι είναι τα έσοδα της ΟΤΕ Α.Ε. λόγω της ταχύτερης μετάβασης από το δίκτυο της WIND στο δίκτυο του ΟΤΕ σε σχέση με τη μετάβαση από τον ΟΤΕ στη WIND.

32. Επίσης, η καταγγέλλουσα αναφέρει στην καταγγελία της ότι η πρακτική του ΟΤΕ προκαλεί σημαντικές στρεβλώσεις στην αγορά, καθώς δημιουργεί άνισους όρους ανταγωνισμού στην απόκτηση νέων πελατών και τη διατήρηση των υφιστάμενων μεταξύ της ΟΤΕ Α.Ε. και των λοιπών παρόχων. Η ΟΤΕ Α.Ε. είχε συγκριτικά περισσότερο χρόνο για να επικοινωνήσει με τους συνδρομητές της που είχαν υποβάλει αίτηση μετάβασης σε άλλο πάροχο. Σε περίπτωση θετικής ανταπόκρισης τους, υπήρχε και επαρκής χρόνος για να υπαναχωρήσουν χωρίς λειτουργικά ή τεχνικά προβλήματα του ΟΤΕ. Αντίθετα, η WIND βρισκόταν σε μειονεκτική θέση καθώς το μικρότερο χρονικό διάστημα μετάβασης στον ΟΤΕ καθιστούσε ανέφικτη την αζήμια υπαναχώρηση του συνδρομητή, ακόμα και όταν είχε εκφράσει ρητά τη σχετική βούλησή του.

33. Η εταιρεία αιτήθηκε από την ΕΕΤΤ με την καταγγελία της, μεταξύ άλλων, την άμεση διεξαγωγή ακρόασης, την άμεση έκδοση απόφασης που να διαπιστώνει τις σχετικές παραβάσεις από την εταιρεία ΟΤΕ Α.Ε των κειμένων διατάξεων της νομοθεσίας περί ηλεκτρονικών επικοινωνιών και της νομοθεσίας περί ελεύθερου ανταγωνισμού, την επιβολή των προβλεπόμενων από τις σχετικές διατάξεις διοικητικών κυρώσεων καθώς και τη λήψη μέτρων για την άμεση παύση της παράνομης και καταχρηστικής πρακτικής της ΟΤΕ Α.Ε. με την επιβολή κυρώσεων για κάθε ημέρα τυχόν εξακολούθησης των εν λόγω παραβάσεων.

2α) Ισχυρισμοί της εταιρείας WIND κατά την ακροαματική διαδικασία

34. Κατά την ακροαματική διαδικασία της 28ης/5/2015 η εταιρία WIND υποστήριξε ότι υπάρχει παραβίαση από τον ΟΤΕ του RUO, της υποχρέωσης της διακριτικής μεταχείρισης και των διατάξεων του ανταγωνισμού, ενώ τόνισε ότι είναι αδιάφορο εάν υπάρχει ζημία. Επίσης, ανέφερε ότι ανεξαρτήτως του εάν είναι πολλά ή όχι τα αιτήματα των βρόχων, οι χρόνοι για τη χονδρική και τη λιανική έπρεπε να είναι ίδιοι. Αναφορικά με τον ισχυρισμό του ΟΤΕ για τις αποκλίσεις από τις προβλέψεις, η WIND ανέφερε ότι δεν υπάρχει τέτοιο ζήτημα για την ίδια, ωστόσο το ζήτημα των προβλέψεων έχει να κάνει μόνο με την εφαρμογή ή όχι ρητρών και όχι με τη διαφορά στους χρόνους υλοποίησης μεταξύ χονδρικής και λιανικής. Στους χρόνους μετάβασης από τον ΟΤΕ στη WIND υπάρχει βελτίωση το 2015, ωστόσο βελτίωση υπάρχει και στους χρόνους μετάβασης από τη WIND στον ΟΤΕ με αποτέλεσμα η διαφορά στους χρόνους υλοποίησης να υπάρχει και το 2015. Επίσης, η WIND ανέφερε ότι το ζήτημα των υπαναχωρήσεων είναι εκτός του αντικειμένου της ακρόασης.

2β) Ισχυρισμοί της εταιρείας WIND με το υποβληθέν υπόμνημά της

35. Στο υπ’ αριθ. 5946/21-8-2015 Υπόμνημά της, η εταιρία WIND αναφέρει ότι ήδη από το 2012 παρατηρείται ότι η ΟΤΕ Α.Ε. παρέχει σαφή προτεραιότητα στην κατασκευή τοπικών βρόχων που προορίζονται για συνδρομητές που μεταβαίνουν από άλλον πάροχο προς την ΟΤΕ Α.Ε. υλοποιώντας αυτά πολύ ταχύτερα από τα αντίστοιχα αιτήματα τοπικού βρόχου που υποβάλλονται από τη WIND για τη σύνδεση των πελατών λιανικής με το δίκτυό της. Η σαφής αυτή προτεραιότητα που συνεχίστηκε και κατά τα έτη 2013 και 2014 συνιστά διακριτική μεταχείριση υπέρ του λιανικού άκρου του ΟΤΕ κατά παράβαση των ρυθμιστικών υποχρεώσεών του που επιβλήθηκαν με την απόφαση της ΕΕΤΤ ΑΠ: 614/13/28-7-2011. Περαιτέρω, η εταιρία WIND αναφέρει στο Υπόμνημά της ότι η πρακτική αυτή της ΟΤΕ ΑΕ συνιστά καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης της που εμπίπτει στις διατάξεις του ν. 3959/2011. Επίσης, συνιστά ουσιαστική άρνηση πρόσβασης σε ουσιώδεις ευκολίες (η ΑΠΤΒ συνιστά ουσιώδη ευκολία χωρίς την οποία είναι αδύνατη η δραστηριοποίηση της WIND) επί ίσοις όροις της WIND και του συνόλου των παρόχων στις σχετικές αγορές των λιανικών υπηρεσιών.

36. Με το υπόμνημά της η εταιρεία WIND υπέβαλε αρχείο excel με μηνιαία στατιστικά στοιχεία του χρόνου υλοποίησης των αιτημάτων ενεργών, ανενεργών και μεριζόμενων τοπικών βρόχων και την κατανομή των χρόνων υλοποίησης των αιτημάτων ενεργών, ανενεργών και μεριζόμενων τοπικών βρόχων, τα οποία αφορούν τα έτη 2012 έως και 2014, όπως της ζητήθηκε από την ΕΕΤΤ κατά την από 28/5/2015 ακρόαση.

37. Αναφορικά με τον ισχυρισμό του ΟΤΕ κατά την ακροαματική διαδικασία ότι η αγορά των βρόχων είναι επαρκώς ανταγωνιστική, η εταιρεία WIND σημειώνει στο Υπόμνημά της ότι αυτός καταρρίπτεται από τις αποφάσεις της ΕΕΤΤ για την ανάλυση των αγορών καθώς και τις αποφάσεις της στο πλαίσιο συναφών ακροάσεων. Αναφορικά με τους ισχυρισμούς του ΟΤΕ κατά την ακροαματική διαδικασία για την αιτιολόγηση της διαφοράς στους χρόνους μετάβασης μεταξύ ΟΤΕ και λοιπών παρόχων στον μη εντοπισμό του φανταστικού αριθμού, η WIND αναφέρει ότι από το 2009 και εφεξής οι πάροχοι έχουν ήδη υλοποιήσει την αναγραφή του φανταστικού αριθμού βρόχου στον λογαριασμό των συνδρομητών τους, στην περίπτωση δε που για οποιονδήποτε λόγο δεν μπορεί να εντοπιστεί παρέχεται η σχετική υποστήριξη από τη WIND προκειμένου να διευκολυνθεί η μετακίνηση του συνδρομητή. Αναφορικά με τους ισχυρισμούς του ΟΤΕ κατά την ακροαματική διαδικασία σχετικά με το θέμα των προβλέψεων και την αναντιστοιχία τους με τον όγκο των υποβληθέντων αιτημάτων, η εταιρία WIND αναφέρει ότι στον βαθμό που αφορά την ίδια δεν τίθεται τέτοιο ζήτημα αλλά σε κάθε περίπτωση οι προβλέψεις είναι παντελώς αδιάφορες με τη διαφορά που υφίσταται στους χρόνους υλοποίησης και έχουν άμεση σχέση μόνο με την εφαρμογή ή μη των ποινικών ρητρών που προβλέπει το RUO.

38. Αναφορικά με τις επιπτώσεις της διαφοράς στους χρόνους μετάβασης, η εταιρία WIND αναφέρει ότι η εν λόγω διαφορά έχει προκαλέσει αρνητικές συνέπειες σε πολλαπλά επίπεδα στην αγορά, όπως αρνητικές επιπτώσεις στη φήμη και δυσμενέστατες οικονομικές και εμπορικές επιπτώσεις στην εταιρία WIND, όπως περιγράφονται στο σώμα της υπ’ αριθ. 44646/14-11-2014 καταγγελίας της, και προφανώς και στους άλλους παρόχους. Η εν λόγω πρακτική δημιουργεί άνισες συνθήκες ανταγωνισμού, προκαλεί δε στρεβλώσεις και επηρεάζει το επίπεδο ανταγωνισμού στην αγορά.

3) Ισχυρισμοί της εταιρείας «HELLAS ON LINE A.E»

39. Με την υπ΄ αριθ. ΕΕΤΤ 50343/23-12-2014 καταγγελία της, η εταιρεία HOL κατήγγειλε τη διακριτική μεταχείριση την οποία απολαμβάνει το λιανικό άκρο του ΟΤΕ έναντι της HOL κατά τη διαδικασία κατασκευής/παροχής τοπικού βρόχου, προσκομίζοντας στοιχεία για την περίοδο από 1/1/2012 έως 31/10/2014. Ο μέσος χρόνος μετάβασης ενός συνδρομητή από τη HOL στον ΟΤΕ είναι … εργάσιμες ημέρες για το 2012, … εργάσιμες ημέρες για το 2013 και … εργάσιμες ημέρες για το 2014 (1/1-31/10/2014). Αντίθετα, ο μέσος χρόνος μετάβασης ενός συνδρομητή από τον ΟΤΕ στη HOL είναι … εργάσιμες ημέρες για το 2012, … εργάσιμες ημέρες για το 2013 και … εργάσιμες ημέρες για το 2014 (1/1-31/10/2014).

40. Η εταιρία HOL αναφέρει στην καταγγελία της ότι από τα στοιχεία αυτά προκύπτει ότι ο ΟΤΕ εφαρμόζει άνισους όρους για ισοδύναμες παροχές καθώς ενεργοποιεί εντός του ταχύτερου δυνατού χρονικού διαστήματος τη σύνδεση των συνδρομητών που αιτούνται τη μετάβαση στο δίκτυό του, ενώ ταυτόχρονα εξαντλεί ή ακόμα και υπερβαίνει σε πολλές περιπτώσεις την προθεσμία που ορίζει το RUO για την ενεργοποίηση των πελατών λιανικής της HOL. Η εταιρεία καταγγέλλει ότι με τη συμπεριφορά του αυτή ο ΟΤΕ παραβιάζει ιδίως την υποχρέωση μη διακριτικής μεταχείρισης/αμεροληψίας που υπέχει ως πάροχος με Σημαντική Ισχύ στην Αγορά ΑΠΤΒ (Αδεσμοποίητης Πρόσβασης στον Τοπικό Βρόχο)

και καταχράται τη δεσπόζουσα θέση του στις σχετικές αγορές με σκοπό, την με κάθε τρόπο, παρεμπόδιση ή ακόμα και τον εξοβελισμό των ανταγωνιστών του από τις σχετικές αγορές και την επίτευξη ίδιου παράνομου περιουσιακού οφέλους.

41. Η εταιρία HOL τονίζει στην καταγγελία της τις σοβαρές στρεβλώσεις στη δομή της αγοράς και τη σημαντική οικονομική, λειτουργική και εμπορική ζημία την οποία υπέστη, συνεπεία της ως άνω συμπεριφοράς της καταγγελλομένης. Όπως αναφέρει στην καταγγελία της, ο ΟΤΕ είχε συγκριτικά περισσότερο χρόνο από ό,τι στην αντίστοιχη περίπτωση της HOL ώστε να επικοινωνήσει με τους συνδρομητές του που είχαν υποβάλει αίτημα μετάβασης στη HOL και σε περίπτωση θετικής ανταπόκρισής τους, υπήρχε επαρκής χρόνος για να υπαναχωρήσουν χωρίς λειτουργικά ή τεχνικά προβλήματα. Αντίθετα, η HOL βρίσκεται σε μειονεκτική θέση, καθώς το μικρότερο χρονικό διάστημα που μεσολαβεί από την υπογραφή από τον συνδρομητή της HOL του αιτήματος μεταφοράς στο δίκτυο του ΟΤΕ έως την υλοποίησή του στις περισσότερες περιπτώσεις καθιστά ανέφικτη την αζήμια υπαναχώρηση του συνδρομητή ακόμα και όταν εκφράσει ρητά τη σχετική βούλησή του. Η HOL εκτιμά ότι τα διαφυγόντα κέρδη της, εάν το σύνολο των συνδρομητών της που μετέβησαν από το δίκτυο του ΟΤΕ ή άλλων παρόχων μετέβαιναν στον χρόνο που οι συνδρομητές της μετέβαιναν στον ΟΤΕ, ανέρχονται σε … ευρώ για το χρονικό διάστημα από 1/1/2012 έως και 31/10/2014 και θεωρεί ότι αντίστοιχα, και κατά πάσα πιθανότητα μεγαλύτερα, είναι τα έσοδα του ΟΤΕ λόγω της κατάργησης της σύνδεσης των συνδρομητών του που μεταβαίνουν στη HOL σε χρόνο αργότερα από ό,τι ο ίδιος μεταφέρει τους συνδρομητές της HOL στο δίκτυό του.

42. Επίσης, η HOL αναφέρει στην καταγγελία της ότι η πρακτική του ΟΤΕ έπληξε την εμπορική φήμη και το κύρος τη HOL καθώς οδήγησε στην υποτίμηση της αξιοπιστίας της επειδή δημιουργήθηκε η εσφαλμένη εντύπωση στους καταναλωτές ότι η HOL υστερεί τεχνολογικά και λειτουργικά έναντι του ΟΤΕ και δεν δύναται να ανταποκριθεί άμεσα ή το ίδιο γρήγορα με τον ΟΤΕ στις ανάγκες των συνδρομητών. Η δε ηθική βλάβη που η HOL έχει υποστεί συνδέεται αιτιωδώς με την παράνομη και υπαίτια συμπεριφορά του ΟΤΕ.

43. Η εταιρεία HOL αιτήθηκε από την ΕΕΤΤ, με την καταγγελία της, τη διεξαγωγή ακρόασης, τη διαπίστωση των σχετικών παραβάσεων των ρυθμιστικών υποχρεώσεων της εταιρείας ΟΤΕ καθώς και της κατάχρησης της δεσπόζουσας θέσης της, την επιβολή διοικητικών προστίμων και τη λήψη κάθε πρόσφορου μέτρου για την παύση της παράνομης και καταχρηστικής συμπεριφοράς της εταιρείας ΟΤΕ Α.Ε.

3α) Ισχυρισμοί της εταιρείας HELLAS ON LINE κατά την ακροαματική διαδικασία

44. Κατά την ακροαματική διαδικασία της 28ης/5/2015, η εταιρία HOL υποστήριξε ότι η καταγγελία της αφορά την προνομιακή μεταχείριση του ΟΤΕ όσον αφορά το λιανικό του άκρο σε σχέση με τις υπόλοιπες εταιρίες, η οποία αντίκειται στις διατάξεις του κανονιστικού πλαισίου περί ηλεκτρονικών επικοινωνιών και στις διατάξεις περί ελεύθερου ανταγωνισμού. Επιπλέον, ο ΟΤΕ υπερβαίνει την προθεσμία των 8 εργάσιμων ημερών που ορίζει το RUO για τον βρόχο καθώς ο μέσος όρος της περιόδου 2012-2014 για μετάβαση από ΟΤΕ σε HOL είναι … εργάσιμες ημέρες. Ο χρόνος μετάβασης από HOL σε ΟΤΕ για την ίδια περίοδο ήταν … εργάσιμες ημέρες. Η HOL ανέφερε ότι αν και υπάρχει βελτίωση τους πρώτους μήνες του 2015 στον χρόνο μετάβασης από ΟΤΕ σε HOL, υπάρχει ταυτόχρονη παράλληλη μείωση και για τη μετάβαση από HOL σε ΟΤΕ με την ίδια αναλογία με αποτέλεσμα η διακριτική μεταχείριση να εξακολουθεί να υφίσταται.

45. Αναφορικά με τους ισχυρισμούς του ΟΤΕ η HOL ανέφερε ότι η αγορά των βρόχων δεν είναι ανταγωνιστική και για αυτό χρήζει ρύθμισης. Υπάρχει ζημία στη HOL και αιτιώδης σύνδεσμος με τη συμπεριφορά του ΟΤΕ, ωστόσο είναι νομικά αδιάφορο το εάν υπάρχει ζημία ως αποτέλεσμα μιας πράξης που συνιστά καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης.

3β) Ισχυρισμοί της εταιρείας HELLAS ON LINE με το υποβληθέν υπόμνημά της

46. Στο υπ’ αριθ. 24535/12-8-2015 Υπόμνημά της η εταιρία HOL αναφέρει ότι σύμφωνα με τα αδιαμφισβήτητα στοιχεία του πληροφοριακού συστήματος του ΟΤΕ (Π.Σ WCRM), αποδεικνύεται ότι ο τελευταίος ικανοποιεί τα αιτήματα μεταφοράς συνδρομητών της HOL στο δίκτυό του (αιτήματα του λιανικού άκρου του ΟΤΕ) σε σημαντικά μικρότερους χρόνους συγκριτικά με τους χρόνους που ικανοποιεί αιτήματα τα οποία υποβάλει η HOL στον ΟΤΕ προκειμένου συνδρομητές του (ΟΤΕ) ή άλλων παρόχων να μεταβούν στο δίκτυο της HOL, επιβεβαιώνοντας τα όσα η εταιρεία HOL έχει καταγγείλει στην ΕΕΤΤ αναφορικά με τη διακριτική μεταχείριση την οποία απολαμβάνει το λιανικό άκρο της ΟΤΕ ΑΕ.

47. Ειδικότερα, από την επεξεργασία των στοιχείων που εξήγαγε από το πληροφοριακό σύστημα WCRM του ΟΤΕ για τον τοπικό βρόχο, η εταιρεία HOL κατέληξε στα ακόλουθα συμπεράσματα:

=> Για την περίοδο Ιανουαρίου 2012 - Δεκεμβρίου 2014 (τρία έτη), ο μέσος χρόνος μετάβασης των συνδρομητών από τον ΟΤΕ και από τους υπόλοιπους εναλλακτικούς παρόχους (CYTA, FORTHNET, WIND) στη HOL κυμαίνεται από … έως … εργάσιμες ημέρες, ενώ ο αντίστοιχος μέσος χρόνος μετάβασης των συνδρομητών από τη HOL στον ΟΤΕ είναι … εργάσιμες ημέρες και από τη HOL στους υπόλοιπους εναλλακτικούς παρόχους (CYTA, FORTHNET, WIND) κυμαίνεται από … έως … εργάσιμες ημέρες.

=> Για την περίοδο Ιανουαρίου 2015 - Ιουλίου 2015, ο μέσος χρόνος μετάβασης των συνδρομητών από τον ΟΤΕ και από τους υπόλοιπους εναλλακτικούς παρόχους (CYTA, FORTHNET, WIND) στη HOL κυμαίνεται από … έως … εργάσιμες ημέρες, ενώ ο αντίστοιχος μέσος χρόνος μετάβασης των συνδρομητών από τη HOL στον ΟΤΕ είναι … εργάσιμες ημέρες.

=> Ο ΟΤΕ ακολουθεί την ακόλουθη πρακτική: ενεργοποιεί κατά προτεραιότητα και εντός του ταχύτερου δυνατού χρονικού διαστήματος τη σύνδεση των συνδρομητών που αιτούνται τη μετάβαση στο δίκτυό του, ενώ ταυτόχρονα εξαντλεί ή ακόμα και υπερβαίνει σε

πολλές περιπτώσεις την προθεσμία ενεργοποίησης των πελατών λιανικής της HOL.

48. Με το υπόμνημά της η εταιρεία HOL υπέβαλε αρχείο excel με μηνιαία στατιστικά στοιχεία του χρόνου υλοποίησης των αιτημάτων ενεργών, ανενεργών και μεριζόμενων τοπικών βρόχων και την κατανομή των χρόνων υλοποίησης των αιτημάτων ενεργών, ανενεργών και μεριζόμενων τοπικών βρόχων, τα οποία αφορούν τα έτη 2012 έως και 2014, όπως της ζητήθηκε από την ΕΕΤΤ κατά την από 28/5/2015 ακρόαση.

49. Στο Υπόμνημά της η εταιρεία HOL σημειώνει ότι από την ανωτέρω πρακτική του ΟΤΕ στοιχειοθετείται χωρίς καμία αμφιβολία η άρνηση του ΟΤΕ να ανταποκριθεί στην υποχρέωσή του περί μη διακριτικής μεταχείρισης. Οι υπηρεσίες κατασκευής τοπικού βρόχου που ο ΟΤΕ παρείχε και συνεχίζει να παρέχει στη HOL δεν είναι «τουλάχιστον ισότιμες» με αυτές που παρέχει στο λιανικό άκρο του. Η HOL θεωρεί ότι η πρακτική αυτή του ΟΤΕ συνιστά σαφή παράβαση της υποχρέωσης αμεροληψίας (μη διακριτικής μεταχείρισης) του ΟΤΕ, όπως του επιβάλλεται από την απόφαση της ΕΕΤΤ ΑΠ.614/13/28-7-2011 και ειδικότερα από την παράγραφο 4.1.

50. Περαιτέρω, η HOL αναφέρει στο Υπόμνημά της ότι η απόφαση του ΟΤΕ να ακολουθεί την πρακτική αυτή ταυτίζεται με την εφαρμογή άνισων όρων για ισοδύναμες παροχές, κάτι που συνιστά καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης του, κατά παράβαση του άρθρου 2 του ν. 3959/2011 και του 102 ΣΛΕΕ. Η εταιρεία HOL θεωρεί ότι η εκ μέρους του ΟΤΕ κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης του αποτελεί συμπεριφορά που είναι σαφώς υπαίτια, καθώς εντασσόταν σε μια προμελετημένη και προσχεδιασμένη στρατηγική, παρουσιάζουσα εσωτερική συνοχή και αποσκοπούσα στην, με κάθε τρόπο, παρεμπόδιση ή ακόμα και στον εξοβελισμό των ανταγωνιστών της από τις σχετικές αγορές και, ταυτοχρόνως, στην επίτευξη ίδιου παράνομου περιουσιακού οφέλους.

51. Ως συνέπειες της συμπεριφοράς του ΟΤΕ, η HOL καταγράφει στο Υπόμνημά της ενδεικτικά τις εξής:

=> Παρέχει σημαντικότατο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στο λιανικό άκρο του ΟΤΕ έναντι της HOL. Ο ΟΤΕ έχει συγκριτικά περισσότερο χρόνο σε σχέση με τη HOL για να επικοινωνήσει με τους συνδρομητές του που υποβάλλουν αίτηση μετάβασης σε άλλο πάροχο και επιπλέον, σε περίπτωση θετικής ανταπόκρισης υπάρχει επαρκής χρόνος για να υπαναχωρήσουν χωρίς λειτουργικά ή τεχνικά προβλήματα.

=> Δημιουργεί σοβαρές στρεβλώσεις στη δομή της αγοράς, αφού επιβάλλει άνισους όρους ανταγωνισμού μεταξύ ΟΤΕ και HOL στην απόκτηση νέων πελατών και τη διατήρηση των υφιστάμενων.

=> Έχει προκαλέσει σημαντική οικονομική, λειτουργική και εμπορική ζημία στη HOL.

=> Έπληξε την εμπορική φήμη και το κύρος της HOL και μείωσε την αξιοπιστία της καθώς οι συνδρομητές αντιλαμβάνονται τη διαφορά στον χρόνο μετάβασης μεταξύ των δικτύων του ΟΤΕ και της HOL ως ενδεικτική ποιοτικά υψηλότερων υπηρεσιών από την πλευρά του ΟΤΕ. Έτσι παγιώνεται στους συνδρομητές η εσφαλμένη εντύπωση ότι η HOL υστερεί τεχνολογικά και λειτουργικά έναντι του ΟΤΕ και δεν δύναται να ανταποκριθεί άμεσα ή το ίδιο γρήγορα με τον ΟΤΕ στις ανάγκες των συνδρομητών.

52. Επί των επιχειρημάτων του ΟΤΕ κατά τη διαδικασία της ακρόασης για τον φανταστικό αριθμό η HOL αναφέρει ότι ο φανταστικός αριθμός του βρόχου αναγράφεται στους λογαριασμούς των συνδρομητών πλην του ΟΤΕ. Η έλλειψη του φανταστικού αριθμού συμβαίνει μόνο στην περίπτωση που ο ΟΤΕ δεν συλλέγει τον λογαριασμό του συνδρομητή. Ακόμη και στις περιπτώσεις που ο ΟΤΕ κατασκευάζει νέο κύκλωμα, αυτό δεν επηρεάζει τα ευρήματα της διαφοροποίησης στους χρόνους υλοποίησης καθώς οι συγκρίσεις αφορούν σε αιτήματα του ίδιου τύπου. Οι καθυστερήσεις για την εύρεση του φανταστικού αριθμού στις οποίες αναφέρεται ο ΟΤΕ λαμβάνουν χώρα πριν την υποβολή των σχετικών αιτημάτων στο πληροφοριακό σύστημα.

53. Αναφορικά με τα επιχειρήματα του ΟΤΕ κατά την ακροαματική διαδικασία ότι τα αιτήματα χονδρικής είναι περισσότερα από τα αιτήματα λιανικής ή περισσότερα των προβλέψεων, η HOL θεωρεί ότι τα επιχειρήματα αυτά είναι παντελώς γενικά και αόριστα και δεν μπορούν να αιτιολογήσουν τη μη παράδοση των τοπικών βρόχων στο συντομότερο δυνατό διάστημα. Αναφορικά με τα επιχειρήματα του ΟΤΕ για το δικαίωμα της υπαναχώρησης, η HOL θεωρεί ότι τα επιχειρήματα δεν σχετίζονται με το αντικείμενο της ακρόασης. Επίσης, η HOL θεωρεί ότι η σχετική αγορά χονδρικής τοπικής πρόσβασης δεν είναι επαρκώς ανταγωνιστική.

4. Ισχυρισμοί της εταιρείας «FORTHNET A.E»

4α) Ισχυρισμοί της εταιρείας FORTHNET κατά την ακροαματική διαδικασία

54. Κατά την ακρόαση της 28ης/5/2015 η εταιρία FORTHNET ανέφερε ότι η πρακτική του ΟΤΕ να υπάρχουν αποκλίσεις στους χρόνους ενεργοποίησης μεταξύ των παρόχων και του λιανικού άκρου του εξακολουθεί ως σήμερα. Σύμφωνα με τα στοιχεία της εταιρίας, από τον Ιανουάριο του 2012 μέχρι και σήμερα, ο χρόνος ενεργοποίησης του λιανικού άκρου του ΟΤΕ σε σχέση με τους παρόχους είναι … και επομένως ο ΟΤΕ παραβιάζει την υποχρέωση της μη διακριτικής μεταχείρισης και εκμεταλλεύεται τη δεσπόζουσα θέση του καθώς εφαρμόζει άνισους όρους σε ίδιες παροχές. Η FORTHNET δέχεται παράπονα από καταναλωτές που ενώ έχουν αποφασίσει να μην πάνε στον ΟΤΕ δεν προλαβαίνουν να ακυρώσουν το αίτημά τους προς τον ΟΤΕ γιατί ο ΟΤΕ μέσα σε … ημέρες έχει ήδη ενεργοποιήσει τις υπηρεσίες στο δίκτυό του.

4β) Ισχυρισμοί της εταιρείας FORTHNET με το υποβληθέν υπόμνημά της

55. Στο υπ’ αριθ. 25051/24-8-2015 Υπόμνημά της η εταιρία FORTHNET αναφέρει ότι η ΟΤΕ Α.Ε. εφαρμόζει διαφορετικές διαδικασίες για το λιανικό της άκρο σε σχέση με τους εναλλακτικούς παρόχους. Από τον Ιανουάριο του 2012 μέχρι τον Δεκέμβριο του 2014 και έως και την υποβολή του Υπομνήματος ικανοποιεί σε πολύ πιο σύντομο χρόνο τα αιτήματα του λιανικού της άκρου σε σχέση με το αίτημα τοπικού βρόχου των εναλλακτικών παρόχων, παραβιάζοντας την υποχρέωσή του για

αμεροληψία (μη διακριτική μεταχείριση) που του επιβλήθηκε με την απόφαση της ΕΕΤΤ ΑΠ.614/13/2011. Η ικανοποίηση αιτημάτων από τη FORTHNET στον ΟΤΕ πραγματοποιείται στον … χρόνο σε σχέση με τα αντίστοιχα αιτήματα από τον ΟΤΕ στη FORTHNET ή από τις CYTA, HOL και WIND στη FORTHNET. Κατά τα έτη 2012-2014 ο μέσος χρόνος ικανοποίησης αιτήματος για τους παρόχους ήταν περί τις … εργάσιμες ημέρες ενώ ο αντίστοιχος χρόνος για το λιανικό άκρο του ΟΤΕ ήταν … εργάσιμες ημέρες. Στις ενεργοποιήσεις από τη FORTHNET στον ΟΤΕ παρατηρείται σημαντική διασπορά (υπάρχει σημαντική απόκλιση μεταξύ του μικρότερου και του μεγαλύτερου χρόνου), φαινόμενο το οποίο δεν εντοπίζεται στις ενεργοποιήσεις από τον ΟΤΕ στη FORTHNET. Το …% των αιτημάτων μετάβασης από τη FORTHNET στον ΟΤΕ ικανοποιούνται σε … εργάσιμες ημέρες και το …% σε … εργάσιμες ημέρες, ενώ μόλις το …% και το …% των αιτημάτων από τον ΟΤΕ στη FORTHNET ικανοποιείται σε … και … εργάσιμες ημέρες, αντίστοιχα.

56. Με το υπόμνημά της η εταιρεία FORTHNET υπέβαλε αρχείο excel με μηνιαία στατιστικά στοιχεία του χρόνου υλοποίησης των αιτημάτων ενεργών, ανενεργών και μεριζόμενων τοπικών βρόχων και την κατανομή των χρόνων υλοποίησης των αιτημάτων ενεργών, ανενεργών και μεριζόμενων τοπικών βρόχων, τα οποία αφορούν τα έτη 2012 έως και 2014, όπως της ζητήθηκε από την ΕΕΤΤ κατά την από 28/5/2015 ακρόαση.

57. Η FORTHNET αναφέρει στο υπόμνημά της ότι με τη συμπεριφορά του αυτή που εκτείνεται σε όλη την Ελληνική Επικράτεια, ο ΟΤΕ προβαίνει σε κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης του, χρησιμοποιώντας την ισχύ που του δίνει η αδυναμία των εξαρτώμενων επιχειρήσεων να διαθέτουν άλλη ισοδύναμη εναλλακτική λύση. Δεδομένου ότι η ταχύτητα ικανοποίησης των αιτημάτων των πελατών, ιδιαίτερα των αιτημάτων για αρχική σύνδεση, διαδραματίζει σημαντικό ρόλο στην επιλογή παρόχου, οι ανταγωνιστές του ΟΤΕ στερούνται της δυνατότητας να ανταγωνιστούν τον ΟΤΕ επί ίσοις όροις και στους καταναλωτές διαμορφώνεται η εικόνα ότι η λιανική του ΟΤΕ διαθέτει καλύτερη εξυπηρέτηση.

58. Αναφορικά με τον ισχυρισμό του ΟΤΕ κατά την ακροαματική διαδικασία ότι η αγορά των βρόχων είναι ανταγωνιστική, η εταιρεία FORTHNET σημειώνει στο Υπόμνημά της ότι ο ΟΤΕ έχει μερίδιο …% στη σχετική αγορά, η δε ύπαρξη ρυθμιστικών διατάξεων δεν διασφαλίζει απόλυτα την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού και για τον λόγο αυτό είναι απαραίτητη η συνύπαρξη και εφαρμογή και των κανόνων για την προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού. Αναφορικά με τον ισχυρισμό του ΟΤΕ κατά την ακροαματική διαδικασία περί απουσίας ζημίας, η εταιρεία FORTHNET σημειώνει στο Υπόμνημά της ότι δεν είναι απαραίτητη η απόδειξη ότι η καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης επέφερε συγκεκριμένο αποτέλεσμα, αρκεί να τείνει να περιορίσει τον ανταγωνισμό. Αναφορικά με τον ισχυρισμό του ΟΤΕ για πρόβλημα με τον φανταστικό αριθμό, η εταιρία FORTHNET αναφέρει ότι επηρεάζει τον χρόνο μετάβασης στον ΟΤΕ και όχι τον χρόνο μετάβασης στον πάροχο και έτσι ο ΟΤΕ δεν μπορεί να δικαιολογήσει την καθυστέρηση στην ικανοποίηση των αιτημάτων των παρόχων σε σχέση με τα αιτήματα του λιανικού του άκρου.

59. Αναφορικά με τους ισχυρισμούς του ΟΤΕ κατά την ακροαματική διαδικασία για την εφαρμογή δύο διαδικασιών, τη μεγάλη διασπορά των αιτημάτων των παρόχων και την άσκηση δικαιώματος υπαναχώρησης από τον συνδρομητή, η εταιρεία FORTHNET σημειώνει στο Υπόμνημά της ότι η εφαρμογή δύο διαδικασιών αφορά τις εσωτερικές διαδικασίες του ΟΤΕ και δεν αρκεί να δικαιολογήσει αντικειμενικά την προνομιακή εξυπηρέτηση του λιανικού του άκρου. Η σύγκριση του αριθμού των βρόχων του ΟΤΕ με τους βρόχους της χονδρικής του είναι ατυχής καθώς συγκρίνει τον αριθμό των αιτημάτων ενός παρόχου (του ΟΤΕ) με τον αριθμό των αιτημάτων που υποβάλλει το σύνολο των παρόχων. Το επιχείρημα ότι η διασπορά των αιτημάτων ανά ημέρα παρουσιάζει σημαντικές αποκλίσεις δεν ευσταθεί ως προς τη FORTHNET καθώς υποβάλλει σταθερό (κατά το δυνατόν) αριθμό αιτημάτων ανά ημέρα. Εξάλλου, το λιανικό άκρο του ΟΤΕ δεν υποβάλλει προβλέψεις και παρόλα αυτά οι χρόνοι ενεργοποίησης είναι πολύ καλύτεροι σε σχέση με τους αντίστοιχους χρόνους των παρόχων. Επιπλέον, οι πάροχοι έχουν αδικαιολόγητα βάρη με την υποχρέωση προβλέψεων, υποχρέωση την οποία δεν εφαρμόζει το λιανικό άκρο του ΟΤΕ. Αναφορικά με το δικαίωμα υπαναχώρησης του συνδρομητή, η FORTHNET αναφέρει ότι το δικαίωμα ασκείται μόνο στην περίπτωση των εξ αποστάσεως συμβάσεων και ο ΟΤΕ δεν παρείχε κατά την ακροαματική διαδικασία σχετικά αριθμητικά στοιχεία. Σε κάθε περίπτωση, το γεγονός ότι κάποιοι από τους πελάτες τελικά επιστρέφουν στον πάροχο είναι αδιάφορο και άσχετο με το υπό κρίση ζήτημα.

60. Περαιτέρω, η εταιρία FORTHNET αναφέρει στο Υπόμνημά της ότι και από τους δείκτες ποιότητας που δημοσιεύουν οι πάροχοι προκύπτει ότι τα αιτήματα του λιανικού άκρου του ΟΤΕ ικανοποιούνται ταχύτερα από αυτά των άλλων παρόχων. Επίσης, η εταιρία αναφέρει ότι το γεγονός ότι η ΕΕΤΤ δεν προχώρησε στη διαπίστωση παραβίασης ή στην εξέταση της συμπεριφορά του νωρίτερα, δεν απαλλάσσει τον ΟΤΕ από την ειδική ευθύνη που φέρει ως επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση να μην προβαίνει σε προνομιακή μεταχείριση του λιανικού του άκρου.

5. Ισχυρισμοί της εταιρείας «CYTA A.E»

5α) Ισχυρισμοί της εταιρείας CYTA κατά την ακροαματική διαδικασία

61. Κατά την ακρόαση της 28ης/5/2015 η εταιρία CYTA ανέφερε ότι σύμφωνα και με τα δικά της στοιχεία υπάρχει μια σταθερή τάση διάκρισης από τον ΟΤΕ. Παρατηρεί για το 2015 μια μειούμενη τάση στους χρόνους μετάβασης από τον ΟΤΕ στη CYTA, ωστόσο παρατηρεί ανάλογη μείωση και στους χρόνους μετάβασης από τη CYTA στον ΟΤΕ και έτσι η διαφορά στους χρόνους υπάρχει και το 2015. Αναφορικά με τον ισχυρισμό του ΟΤΕ για τα SLA, η CYTA ανέφερε ότι αυτό αφορά μόνο την απαίτηση για καταβολή ρητρών και όχι την εξεταζόμενη συμμόρφωση του ΟΤΕ με τη νομοθεσία περί ηλεκτρονικών επικοινωνιών και περί ελεύθερου ανταγωνισμού.

5β) Ισχυρισμοί της εταιρείας CYTA με το υποβληθέν υπόμνημά της

62. Στο υπ’ αριθ. 24944/21-8-2015 Υπόμνημά της η εταιρία CYTA αναφέρει ότι υπάρχει προνομιακή μεταχείριση από τον ΟΤΕ του λιανικού άκρου του ΟΤΕ εις βάρος των λοιπών παρόχων, η οποία έχει σημαντικές δυσμενείς συνέπειες για τη CYTA και εν γένει την αγορά. Από την ανάλυση που η CYTA πραγματοποίησε καταλήγει στο συμπέρασμα ότι ο ΟΤΕ εμφανίζει καθυστερήσεις σε αιτήματα PR1 (μεταξύ παρόχων) και PR4 (από ΟΤΕ σε CYTA), τη στιγμή που οι μόνες ενέργειες που πραγματοποιεί είναι στον Γενικό Κατανεμητή και δεν υπάρχει καν μετάβαση συνεργείου του για μικτονόμηση, σε αντίθεση με τα αιτήματα του λιανικού του άκρου που σταθερά και διαχρονικά υλοποιούνται σε συντομότερο χρόνο και συγκεκριμένα στο … χρόνο ή/και λιγότερο, σε όλα τα υπό εξέταση έτη 2012, 2013 και 2014. Ο μέσος χρόνος παράδοσης ενεργού τοπικού βρόχου από τον ΟΤΕ στη CYTA ήταν … εργάσιμες ημέρες το 2012, … εργάσιμες ημέρες το 2013 και … εργάσιμες ημέρες το 2014, ενώ ο μέσος χρόνος παράδοσης ανενεργού τοπικού βρόχου από τον ΟΤΕ στη CYTA ήταν … εργάσιμες ημέρες το 2012, … εργάσιμες ημέρες το 2013 και … εργάσιμες ημέρες το 2014. Αντίστοιχα, ο μέσος χρόνος μετάβασης συνδρομητών της CYTA προς τον ΟΤΕ ανέρχεται σε … εργάσιμες ημέρες για το 2012, … εργάσιμες ημέρες για το 2013 και … εργάσιμες ημέρες για το 2014. Η CYTA διαπιστώνει ότι η συμπεριφορά αυτή του ΟΤΕ συνεχίζεται και το 2015. Επίσης, διαπιστώνει ότι η διασπορά των χρόνων μετάβασης των πελατών της στον ΟΤΕ ήταν μεγάλη, ενώ, αντίθετα, η διασπορά των χρόνων μετάβασης από τον ΟΤΕ στη CYTA και από τη CYTA στους υπόλοιπους πλην του ΟΤΕ παρόχους, ήταν μικρή και ο χρόνος διεκπεραίωσης των αιτημάτων στο μεγαλύτερο πλήθος τους ήταν καθυστερημένος.

63. Με το υπόμνημά της η εταιρεία CYTA υπέβαλε αρχείο excel με μηνιαία στατιστικά στοιχεία του χρόνου υλοποίησης των αιτημάτων ενεργών, ανενεργών και μεριζόμενων τοπικών βρόχων και την κατανομή των χρόνων υλοποίησης των αιτημάτων ενεργών, ανενεργών και μεριζόμενων τοπικών βρόχων, τα οποία αφορούν τα έτη 2012 έως και 2014, όπως της ζητήθηκε από την ΕΕΤΤ κατά την από 28/5/2015 ακρόαση.

64. Η εταιρία CYTA θεωρεί ότι τα ανωτέρω δεν είναι τυχαία και εκτελούνται σκοπίμως στο πλαίσιο της στρατηγικής αντίληψης του ΟΤΕ ότι το λιανικό του άκρο εξυπηρετείται πιο γρήγορα και αποδοτικά σε σύγκριση με τους πελάτες λιανικής των εναλλακτικών παρόχων, γεγονός που συνηγορεί στο ότι υπάρχει ξεκάθαρη στόχευση να καμφθεί ο υγιής ανταγωνισμός. Στο πλαίσιο της αντίληψης αυτής του ΟΤΕ η εταιρεία CYTA εντάσσει και το ότι, ενώ αιτήματα πελατών της είναι σε καθεστώς αναμονής λόγω έλλειψης ακραίου/κύριου δικτύου, όταν οι πελάτες αυτοί υποβάλλουν αίτηση στον ΟΤΕ λαμβάνουν άμεσα γραμμή. Η εταιρία CYTA θεωρεί ότι έτσι ο ΟΤΕ καταχράται τη δεσπόζουσα θέση που έχει στην αγορά, την οποία εκμεταλλεύεται προκειμένου να παράγει αποτελέσματα υπέρ του. Η τακτική του ΟΤΕ οδηγεί στον κλονισμό της εμπιστοσύνης των καταναλωτών στους παρόχους καθώς στη συνείδηση του καταναλωτή καταγράφεται ο ΟΤΕ ως ο πάροχος που δίνει άμεσα γραμμές και η λοιπή αγορά που καθυστερεί να δώσει υπηρεσίες.

65. Η εταιρία CYTA αντικρούει τους ισχυρισμούς του ΟΤΕ κατά την ακροαματική διαδικασία για τις δυσχέρειες που προκαλεί ο φανταστικός αριθμός, αναφέροντας ότι η αναγραφή του φανταστικού αριθμού σε όλους τους λογαριασμούς είναι κοινή πρακτική όλων των παρόχων. Αν ο ΟΤΕ ζητούσε τον λογαριασμό του προηγούμενου παρόχου, ως οφείλει, θα εντόπιζε και τον φανταστικό αριθμό. Επίσης, αναφορικά με τους ισχυρισμούς του ΟΤΕ κατά την ακροαματική διαδικασία ότι η αύξηση του χρόνου υλοποίησης των αιτημάτων του βρόχου οφείλεται και στο ότι τα υποβληθέντα αιτήματα βρόχου υπερβαίνουν κατά πολύ τις προβλέψεις, η εταιρία CYTA αναφέρει ότι οι προβλέψεις της ήταν εντός των ορίων σε ποσοστό της τάξης του …% και σε ελάχιστες περιπτώσεις υπήρξαν υπερβάλλοντα αιτήματα, ωστόσο ο όγκος τους ήταν τέτοιος που ήταν αδύνατον να επηρεάσουν την ορθή εκπλήρωση των υποχρεώσεων του ΟΤΕ. Αναφορικά με τον ισχυρισμό του ΟΤΕ κατά την ακροαματική διαδικασία περί επαρκούς ανταγωνιστικής δομής της αγοράς των βρόχων η εταιρεία CYTA σημειώνει ότι καταρρίπτεται από τις αποφάσεις της ΕΕΤΤ για την ανάλυση των αγορών καθώς από τις αποφάσεις στο πλαίσιο συναφών ακροάσεων.

66. Αναφορικά με τις επιπτώσεις της συμπεριφορά του ΟΤΕ για την εταιρία, η CYTA αναφέρει ότι η ζημία της εταιρίας από τις παραβιάσεις του ΟΤΕ είναι σοβαρές και δεν περιορίζονται μόνο στη θετική και αποθετική ζημία. Η μεγαλύτερη βλάβη και ανεπανόρθωτη ζημία έχει προκληθεί στη φήμη και στην εικόνα της CYTA. Η φήμη της έχει υποστεί πλήγμα και έχει πληγεί και η αξιοπιστία της καθώς οι πελάτες της αποκομίζουν την εμπειρία ότι η CYTA καθυστερεί να διαθέσει υπηρεσίες, εν αντιθέσει με τον ΟΤΕ ο οποίος παρέχει υπηρεσίες χωρίς καμία καθυστέρηση.

IV. ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

1. Αρμοδιότητα ΕΕΤΤ

67. Σύμφωνα με το άρθρο 12 του Νόμου 4070/2012 (και αντίστοιχα το άρθρο 12 του προγενέστερου ν. 3431/2006 «Περί Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών και άλλες διατάξεις», (ΦΕΚ 13/Α΄/2006), η ΕΕΤΤ είναι αρμόδια να: «ελέγχει τους παρόχους δικτύων ή/ και υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών και (να) επιβάλει τις σχετικές κυρώσεις» (άρθρο 12 στοιχείο β),

«μεριμνά για την τήρηση της νομοθεσία περί ηλεκτρονικών επικοινωνιών και ταχυδρομικών υπηρεσιών και (να) εφαρμόζει τις διατάξεις του ν. 3959/2011 (Α΄ 93) σε σχέση με την άσκηση των δραστηριοτήτων των επιχειρήσεων ηλεκτρονικών επικοινωνιών, καθώς και τις διατάξεις των άρθρων 101 και 102 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ενοποιημένη Απόδοση), καθώς και τον Κανονισμό 1/2003/ΕΚ (L 001)» (άρθρο 12 στοιχείο στ),

«διενεργεί ακροάσεις για τη διαπίστωση παραβάσεων διατάξεων του παρόντος νόμου, καθώς και για κάθε άλλη περίπτωση, για την οποία ρητά δίδεται σχετική αρμοδιότητα με τον παρόντα νόμο» (άρθρο 12 στοιχείο η),

«ζητά με αιτιολογημένο αίτημά της και στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων της από τις επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών, καθώς και από τα φυσικά ή νομικά πρόσωπα που δραστηριοποιούνται στον τομέα του ραδιοεξοπλισμού και τηλεπικοινωνιακού τερματικού εξοπλισμού, κάθε πληροφορία τεχνικού, χρηματοοικονομικού και νομικού περιεχομένου που απαιτείται για να διασφαλίζεται η συμμόρφωση προς τις διατάξεις του παρόντος νόμου, τις κανονιστικές της αποφάσεις και τους όρους της αδείας τους.[…]» (άρθρο 12 στοιχείο ιστ, εδάφιο 1),

«ρυθμίζει την πρόσβαση και διασύνδεση, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος, εκδίδοντας κανονιστικές πράξεις σε όσες περιπτώσεις αυτό απαιτείται» (άρθρο 12 στοιχείο κστ).

Στην περίπτωση (λδ) του ως άνω άρθρου ορίζεται ότι η ΕΕΤΤ: «απευθύνει οδηγίες και συστάσεις, επιβάλλει κατ’ αποκλειστικότητα πρόστιμα και λοιπές διοικητικές κυρώσεις, σε εταιρείες που δραστηριοποιούνται στους τομείς ηλεκτρονικών επικοινωνιών σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, συμπεριλαμβανομένων των ποινών και κυρώσεων που προβλέπονται στο ν. 3959/2011 (Α΄ 93) και παραπέμπει τους παραβάτες στις αρμόδιες δικαστικές αρχές».

68. Σύμφωνα δε με το άρθρο 63 του ν. 3431/2006 (που ίσχυε έως και τις 10 Απριλίου του 2012) με τίτλο «Διοικητικές κυρώσεις» προβλέπονται τα εξής: «Πέραν των διοικητικών κυρώσεων, που προβλέπονται στο άρθρο 16 του π.δ. 44/2002 (ΦΕΚ 44Α’): (1) Εάν η ΕΕΤΤ διαπιστώσει ότι πάροχος ηλεκτρονικών επικοινωνιών δεν τηρεί έναν ή περισσότερους όρους της Γενικής Άδειας, των δικαιωμάτων χρήσης ραδιοσυχνοτήτων ή/και αριθμών, των ειδικών υποχρεώσεων, που προβλέπονται στο άρθρο 24 παρ. 5 εδ.β’, 13,14 στο άρθρο 25 παρ. 1 εδ.α και στα άρθρα 38, 39, 40, 42 παρ. 5,6, και 7 και στο άρθρο 68 παρ.1 των υποχρεώσεών της ως καθορισμένη επιχείρηση, της νομοθεσίας περί ηλεκτρονικών επικοινωνιών ή δεν παρέχει τις πληροφορίες που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 64, κοινοποιεί σε αυτόν την εν λόγω διαπίστωση και του παρέχει τη δυνατότητα να εκθέσει τις απόψεις του ή να αποκαταστήσει τη νομιμότητα εντός: -ενός μηνός από την κοινοποίηση, ή –συντομότερης προθεσμίας, ως προς την οποία συμφωνεί ο πάροχος ή την οποία ορίζει η ΕΕΤΤ σε περίπτωση επανειλημμένων παραβάσεων ή –μεγαλύτερης προθεσμίας, που αποφασίζεται από την ΕΕΤΤ. (2) Αν ο υπόχρεος δε συμμορφωθεί εντός των προθεσμιών της προηγούμενης παραγράφου, η ΕΕΤΤ με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της και ύστερα από προηγούμενη ακρόαση των ενδιαφερομένων, δύναται να επιβάλλει μία ή περισσότερες από τις παρακάτω κυρώσεις: α) σύσταση β) πρόστιμο από 7.000 ευρώ έως 2.000.000 ευρώ, το οποίο εισπράττεται σύμφωνα με τον Κώδικα Εισπράξεων Δημοσίων Εσόδων (ΚΕΔΕ) γ) αναστολή ή ανάκληση των δικαιωμάτων παροχής δικτύων υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών λειτουργίας υπό καθεστώς Γενικής Άδειας, καθώς και των δικαιωμάτων χρήσης, ειδικών υποχρεώσεων σε περίπτωση σοβαρών και επανειλημμένων παραβάσεων. (3) Η απόφαση της ΕΕΤΤ κοινοποιείται στην ενδιαφερόμενη επιχείρηση εντός επτά εργάσιμων ημερών από τη λήψη της και τάσσει εύλογο χρονικό διάστημα για τη συμμόρφωση της επιχείρησης προς το μέτρο που επιβλήθηκε. Πριν από την κοινοποίηση αυτή, η ΕΕΤΤ δεν δημοσιοποιεί την απόφαση ή τμήμα αυτής σε οποιονδήποτε τρίτο και με οποιονδήποτε τρόπο. (4) Σε εξαιρετικές περιπτώσεις και όταν η ΕΕΤΤ έχει αποδείξεις, ότι η παράβαση όρων της κείμενης νομοθεσίας περί ηλεκτρονικών επικοινωνιών ενέχει άμεση, σοβαρή και επικείμενη απειλή για τη δημόσια ασφάλεια, τη δημόσια τάξη ή τη δημόσια υγεία ή δημιουργεί σοβαρά οικονομικά ή λειτουργικά προβλήματα σε άλλες επιχειρήσεις ή χρήστες δικτύων ή υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών, μπορεί να λαμβάνει προσωρινά μέτρα προς αντιμετώπιση της κατάστασης, πριν τη λήψη οριστικής απόφασης. Στην ενδιαφερόμενη επιχείρηση παρέχεται εν συνεχεία δυνατότητα να εκθέσει τις απόψεις της και να προτείνει μέτρα αποκατάστασης. Εάν αυτά κριθούν επαρκή, η ΕΕΤΤ ανακαλεί τα προσωρινά μέτρα και επικυρώνει τα προτεινόμενα από την επιχείρηση μέτρα αποκατάστασης. Η απόφαση της ΕΕΤΤ περί των προσωρινών μέτρων εκδίδεται αυτεπαγγέλτως ή κατόπιν εγγράφου καταγγελίας οποιουδήποτε έχει έννομο συμφέρον, είναι άμεσα εκτελεστή και μπορεί να επιβάλλει χρηματική ποινή μέχρι εκατό χιλιάδες ευρώ για κάθε ημέρα μη συμμόρφωσης. Η διαδικασία των μέτρων αυτών καθορίζεται με τον Κανονισμό Ακροάσεων της ΕΕΤΤ, ο οποίος δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως. (5) Τα ανωτέρω πρόστιμα που προβλέπονται στο παρόν άρθρο εισπράττονται στο όνομα και για λογαριασμό της ΕΕΤΤ και αποδίδονται σε αυτήν.»

Σύμφωνα επίσης με το άρθρο 77 παρ. 1 και 2 του ν. 4070/2012:

«1. Εάν η Ε.Ε.Τ.Τ. διαπιστώσει ότι πάροχος ηλεκτρονικών επικοινωνιών δεν τηρεί έναν ή περισσότερους όρους της Γενικής Άδειας, των δικαιωμάτων χρήσης ραδιοσυχνοτήτων ή/και αριθμών, των ειδικών υποχρεώσεων, που προβλέπονται στα άρθρα 44, 47 παράγραφοι 1, 2, 4, 5 και 49 του παρόντος, των υποχρεώσεων της ως καθορισμένη επιχείρηση, της νομοθεσίας περί ηλεκτρονικών επικοινωνιών ή δεν παρέχει τις πληροφορίες που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 38 του παρόντος, κοινοποιεί σε αυτόν την εν λόγω διαπίστωση και του παρέχει τη δυνατότητα να εκθέσει τις απόψεις του στο πλαίσιο σχετικής ακρόασης ή/και να αποκαταστήσει τη νομιμότητα εντός εύλογου χρονικού διαστήματος»,

2. Η Ε.Ε.Τ.Τ. με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της και ύστερα από προηγούμενη ακρόαση των ενδιαφερομένων, δύναται να απαιτήσει την παύση της παράβασης στην οποία αναφέρεται η παράγραφος 1, είτε αμέσως είτε εντός ευλόγου χρονικού διαστήματος, και να λαμβάνει κατάλληλα και αναλογικά μέτρα που αποβλέπουν στην εξασφάλιση της συμμόρφωσης και να επιβάλλει μία ή περισσότερες από τις παρακάτω κυρώσεις: α) Σύσταση. β) Πρόστιμο έως 3.000.000 ευρώ το οποίο εισπράττεται σύμφωνα με τον Κώδικα Εισπράξεων Δημοσίων Εσόδων (Κ.Ε.Δ.Ε.) και το οποίο μπορεί να περιλαμβάνει περιοδικές ποινές με αναδρομικό αποτέλεσμα. Η Ε.Ε.Τ.Τ. μπορεί να προβλέψει την καταβολή του ποσού του προστίμου σε δόσεις. γ) Αναστολή ή ανάκληση των δικαιω-

μάτων παροχής δικτύων ή/και υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών λειτουργίας υπό καθεστώς Γενικής Άδειας, καθώς και των δικαιωμάτων χρήσης, ειδικών υποχρεώσεων σε περίπτωση σοβαρών και επανειλημμένων παραβάσεων. Στην περίπτωση αυτή, η Ε.Ε.Τ.Τ. μπορεί να επιβάλλει αποτελεσματικές, αναλογικές και αποτρεπτικές κυρώσεις και ποινές που θα καλύπτουν τη χρονική περίοδο κάθε παράβασης, ακόμη και εάν η παράβαση έχει μετέπειτα παύσει να υφίσταται. δ) Διαταγή να διακοπεί ή να καθυστερήσει η παροχή υπηρεσίας ή ομάδας υπηρεσιών η οποία, εάν συνεχιζόταν, θα κατέληγε σε σοβαρή στρέβλωση του ανταγωνισμού, ενώ εκκρεμεί η συμμόρφωση με τις υποχρεώσεις πρόσβασης που έχουν επιβληθεί μετά από ανάλυση αγοράς σύμφωνα με το άρθρο 43 του παρόντος.»

69. Επίσης, σύμφωνα με το άρθρο 38 παρ. 1 του ν. 3959/2011 (Α΄ 93) με τίτλο: «Υποχρεώσεις Επιχειρήσεων και Εξουσίες Έρευνας», που εξουσιοδοτείται να εφαρμόζει η ΕΕΤΤ:

«1. Όταν είναι αναγκαίο για την άσκηση των αρμοδιοτήτων της Επιτροπής Ανταγωνισμού, που ορίζονται στον παρόντα νόμο, ο Πρόεδρος της Επιτροπής ή ο εξουσιοδοτημένος από αυτόν Αντιπρόεδρος, Γενικός Διευθυντής, Διευθυντής ή υπάλληλος της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού, μπορεί να ζητά με έγγραφο πληροφορίες από επιχειρήσεις, ενώσεις επιχειρήσεων ή άλλα φυσικά ή νομικά πρόσωπα ή δημόσιες ή άλλες αρχές. Στο έγγραφο αναφέρονται οι διατάξεις του νόμου, οι οποίες θεμελιώνουν το αίτημα, ο σκοπός της αίτησης, η προθεσμία που τάσσεται για την παροχή των πληροφοριών, η οποία δεν μπορεί να είναι βραχύτερη των πέντε ημερών για τις πληροφορίες που αφορούν υποθέσεις ασφαλιστικών μέτρων ή αποφάσεις βάσει της παραγράφου 3 του άρθρου 9 ή υποθέσεις συγκεντρώσεων και των δέκα ημερών για τις λοιπές περιπτώσεις, καθώς και οι κυρώσεις, οι οποίες προβλέπονται σε περίπτωση μη συμμόρφωσης προς την υποχρέωση παροχής πληροφοριών. Εκείνοι, στους οποίους απευθύνεται το έγγραφο υποχρεούνται σε άμεση, πλήρη και ακριβή παροχή των πληροφοριών που ζητούνται. Όταν οι πληροφορίες ζητούνται από επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων, υποχρεούνται σε παροχή των πληροφοριών τα υπεύθυνα πρόσωπα της παραγράφου 2 του άρθρου 25 και οι αρμόδιοι υπάλληλοι των επιχειρήσεων ή ενώσεων επιχειρήσεων. Δεν υπέχουν υποχρέωση παροχής πληροφοριών τα πρόσωπα που δεν εξετάζονται σε ποινικές δίκες, εφόσον τηρήσουν την υποχρέωση της παραγράφου 3 του ίδιου άρθρου. Με τα οριζόμενα στην παρούσα παράγραφο δε θίγονται οι διατάξεις περί τραπεζικού απορρήτου.

2. Με την επιφύλαξη ειδικών νόμων που καθιερώνουν Υποχρέωση εχεμύθειας, όλες οι δημόσιες αρχές και τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου υπέχουν υποχρέωση να παρέχουν πληροφορίες και να συνδράμουν την Επιτροπή Ανταγωνισμού και τους εντεταλμένους υπαλλήλους της κατά την εκτέλεση των καθηκόντων τους.

3. Σε περίπτωση άρνησης, δυστροπίας ή καθυστέρησης παροχής των αιτούμενων κατά περίπτωση πληροφοριών ή σε περίπτωση παροχής πληροφοριών ανακριβών ή ελλιπών, με την επιφύλαξη των ποινικών κυρώσεων του άρθρου 44, η Επιτροπή Ανταγωνισμού:

α) όταν πρόκειται για επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων, διευθυντές και υπαλλήλους τους, όπως και ιδιώτες ή νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου, επιβάλλει πρόστιμο δεκαπέντε χιλιάδες (15.000) ευρώ με ανώτατο όριο το 1% του κύκλου εργασιών, όπως αυτός υπολογίζεται σύμφωνα με το άρθρο 10 στο καθένα από τα πρόσωπα και για κάθε παράβαση.

β) όταν πρόκειται για δημόσιους υπαλλήλους ή υπαλλήλους νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου αναφέρεται αρμοδίως, προκειμένου να κινηθεί πειθαρχική δίωξη για τις πιο πάνω παραβάσεις οι οποίες συνιστούν πειθαρχικό παράπτωμα.»

2. Εφαρμοστέες Διατάξεις της νομοθεσίας περί Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών - Ρυθμιστικό πλαίσιο

70. Βάσει των αρχών που διέπουν τη διαχρονική εφαρμογή του δικαίου, καθώς και βάσει των αρχών της ασφάλειας δικαίου και της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης, εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις ουσιαστικού δικαίου οι οποίες ίσχυαν κατά το χρόνο επέλευσης των γεγονότων που συνιστούν την παράβαση, χωρίς να έχει σημασία ο χρόνος κατά τον οποίο εφαρμόζονται οι σχετικές διατάξεις και επιβάλλονται οι σχετικές κυρώσεις, ενώ οι διαδικαστικοί κανόνες έχουν κατά κανόνα εφαρμογή κατά το χρόνο έναρξης της ισχύος τους, η έκδοση δε μιας πράξης από τη Διοίκηση ερείδεται στη νομική εκείνη βάση που είναι σε ισχύ κατά το χρόνο έκδοσης της πράξης.

71. Με βάση τους ανωτέρω κανόνες και αναφορικά με τις διατάξεις της Προσφοράς Αναφοράς ΑΠΤΒ, η οποία τροποποιήθηκε κατά τη διάρκεια που λαμβάνουν χώρα τα πραγματικά περιστατικά της ακρόασης, εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις της σχετικής απόφασης ΕΕΤΤ, οι οποίες ίσχυαν κατά το χρόνο επέλευσης των γεγονότων που συνιστούν την παράβαση, ήτοι της απόφασης της ΕΕΤΤ με ΑΠ. 614/013/2011 καθώς και της Προσφοράς Αναφοράς ΑΠΤΒ του 2012 με ΑΠ. 675/09/11-12-2012, ως ισχύει τροποποιηθείσα από τις με ΑΠ 685/17/06-03-2013 (ΦΕΚ 1376/Β΄/06-06-2013) και ΑΠ 748/08/09-03-2015 αποφάσεις της ΕΕΤΤ.

72. Η εταιρεία ΟΤΕ, εκτός από πάροχος χονδρικής υπηρεσίας, (έχει Σημαντική ισχύ, μεταξύ άλλων, στην αγορά Χονδρικής Παροχής (Φυσικής) Πρόσβασης σε Υποδομή Δικτύου σε σταθερή θέση), είναι και πάροχος λιανικών υπηρεσιών, σταθερής τηλεφωνίας και πρόσβασης στο Internet, ήτοι ανταγωνίζεται, μέσω του λιανικού του άκρου το σύνολο των εναλλακτικών παρόχων (και εδώ καταγγελλόντων) στην παροχή των εν λόγω υπηρεσιών.

73. Ειδικότερα, σύμφωνα με την ΕΕΤΤ ΑΠ 614/013/28-07-2011 (3ος γύρος ανάλυσης), η εταιρεία ΟΤΕ, ως επιχείρηση που καθορίστηκε με σημαντική ισχύ στην εθνική αγορά χονδρικής παροχής πρόσβασης σε φυσική υποδομή δικτύου για το σκοπό της παροχής ευρυζωνικών και φωνητικών υπηρεσιών, φέρει δε συγκεκριμένες κανονιστικές υποχρεώσεις, σύμφωνα με τα αναλυτικά αναφερόμενα στο Κεφάλαιο ΙΙΙ με τίτλο «Κανονιστικές υποχρεώσεις» της ως άνω απόφασης.

74. Συγκεκριμένα, η εταιρεία ΟΤΕ ΑΕ, ως επιχείρηση με ΣΙΑ φέρει τις κάτωθι υποχρεώσεις, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στις παραγράφους 3 έως 8 της παρού-

σης απόφασης: 2.1 Υποχρέωση Παροχής Πρόσβασης και Χρήσης Ειδικών Ευκολιών Δικτύου, 2.2 Υποχρέωση Αμεροληψίας (μη διακριτικής μεταχείρισης), 2.3 Υποχρέωση Διαφάνειας, συμπεριλαμβανομένης της υποχρέωσης δημοσίευσης Προσφοράς Αναφοράς Διασύνδεσης με ορισμένο ελάχιστο περιεχόμενο, 2.4 Υποχρέωση Λογιστικού Διαχωρισμού, 2.5 Υποχρέωση Ελέγχου Τιμών και κοστολόγησης, 2.6 Υποχρέωση περιορισμού φασματικών παρεμβολών των διαφόρων τεχνολογιών xDSL, και 3. Υποχρέωση Πρόσβασης και Χρήσης Ειδικών Ευκολιών Δικτύου (με περαιτέρω εξειδίκευση)

75. Σύμφωνα με τις παραγράφους 3.1, 3.1.1, 3.1.8 και 3.1.9 της Ενότητας ΙΙΙ. Κανονιστικές Υποχρεώσεις, στο πλαίσιο της υποχρέωσης πρόσβασης και χρήσης ειδικών ευκολιών δικτύου, ο ΟΤΕ υποχρεούται να παρέχει πρόσβαση σε τοπικούς βρόχους και υποβρόχους μέσω της πλήρως αδεσμοποίητης πρόσβασης και της μεριζόμενης πρόσβασης, |..με όρους ισότιμου, εύλογου και έγκαιρου χαρακτήρα..».

76. Σύμφωνα δε με τις παραγράφους 4.1.1, 4.1.2 και 4.1.3 της Ενότητας ΙΙΙ. Κανονιστικές Υποχρεώσεις, στο πλαίσιο της υποχρέωσης Αμεροληψίας (Μη Διακριτικής Μεταχείρισης) αυτής:

77. «Η εταιρεία ΟΤΕ ΑΕ φέρει τις ακόλουθες υποχρεώσεις: 4.1.1 Διατηρείται η υποχρέωση μη διακριτικής μεταχείρισης, σύμφωνα με την οποία ο ΟΤΕ οφείλει να εφαρμόζει ισοδύναμους όρους, σε ισοδύναμες περιστάσεις, σε άλλες επιχειρήσεις που παρέχουν ισοδύναμες υπηρεσίες, και να παρέχει υπηρεσίες σε τρίτους υπό τους ίδιους όρους (ιδίως τιμολογιακούς και τεχνικούς) και της ιδίας ποιότητας, με αυτές που παρέχει και στο λιανικό του άκρο (συμπεριλαμβανομένων των θυγατρικών του και των συνδεδεμένων με αυτόν επιχειρήσεων). 4.1.2 Οι πληροφορίες που λαμβάνονται από τον ΟΤΕ στο πλαίσιο της παροχής Χονδρικής Ευρυζωνικής Πρόσβασης από έναν εναλλακτικό πάροχο, απαγορεύεται να χρησιμοποιούνται (με οποιοδήποτε τρόπο) από το λιανικό άκρο του ΟΤΕ. Η δέσμευση συμμόρφωσης σχετικά με την παραπάνω υποχρέωση θα πρέπει να γίνεται εγγράφως από τον ΟΤΕ. 4.1.3 Απαγορεύεται κάθε προνομιακή πρόσβαση του λιανικού άκρου του ΟΤΕ ή των συνδεδεμένων με αυτόν επιχειρήσεων στις δραστηριότητες χονδρικής του ΟΤΕ. Μεταξύ άλλων (και μη περιοριστικά) αυτό ισχύει σε περίπτωση που ο ΟΤΕ προβεί στην εμπορική εισαγωγή νέων λιανικών προϊόντων τα οποία υλοποιούνται με τεχνικά χαρακτηριστικά, σχεδίαση και υλοποίηση ανώτερη από το παρεχόμενο επί του παρόντος επίπεδο «best effort» (π.χ. managed VOIP πάνω από DSL, IPTV πάνω από ADSL ή VDSL). Η υποχρέωση μη διάκρισης καλύπτει και τα πληροφοριακά συστήματα του ΟΤΕ. Απαγορεύεται κάθε προνομιακή πρόσβαση του λιανικού άκρου του ΟΤΕ ή των συνδεδεμένων με αυτόν επιχειρήσεων στα πληροφοριακά συστήματα χονδρικής και ο ΟΤΕ οφείλει να παρέχει πρόσβαση στα εν λόγω συστήματα χονδρικής σε τρίτους παρόχους υπό τους ίδιους όρους και της ίδιας ποιότητας με αυτές που παρέχει και στο λιανικό του άκρο….».

78. Η ίδια ως άνω απόφαση, που προέβλεπε, μεταξύ των άλλων κανονιστικών υποχρεώσεων και την υποχρέωση διαφάνειας, προβλεπόταν στο κεφάλαιο 5 και συγκεκριμένα στο 5.1.1: «…..Διατηρείται η υποχρέωση διαφάνειας, η οποία περιλαμβάνει μεταξύ άλλων τη δημοσίευση σχετικής Προσφοράς Αναφοράς, η οποία υπόκειται στην έγκριση της ΕΕΤΤ και αποτελεί την βάση για την σύναψη συμφωνιών για την παροχή ΧΕΠ. Η ως άνω υποχρέωση διασφαλίζει ότι οι εναλλακτικοί πάροχοι έχουν πρόσβαση σε επαρκείς πληροφορίες και ξεκάθαρες διαδικασίες, στις οποίες δεν θα είχαν εάν δεν υπήρχε η υποχρέωση Προσφοράς Αναφοράς..».

79. Στη συνέχεια, ως προβλεπόταν στην ανωτέρω απόφαση (με βάση την κανονιστική υποχρέωση της διαφάνειας), δημοσιεύτηκε η απόφαση 675/09/11-12-2012 (ΦΕΚ 3402/Β΄/20-12-2012), «Έγκριση Προσφοράς Αναφοράς ΟΤΕ 2012 για την Αδεσμοποίητη Πρόσβαση στον Τοπικό Βρόχο και τις Σχετικές Υπηρεσίες, σε εφαρμογή της απόφασης της ΕΕΤΤ ΑΠ. 614/013/28-07-2011 (ΦΕΚ 1908/Β΄/30-08-2011)» (ΦΕΚ 3402/Β΄/20-12-2012), η οποία τροποποιήθηκε εκ των υστέρων από την με ΑΠ 685/17/06-03-2013 ((ΦΕΚ 1376/Β΄/06-06-2013) και από την με ΑΠ 748/08/09-03-2015 με θέμα «Τροποποίηση Διατάξεων της ΑΠ ΕΕΤΤ 675/09/11-12-2012 (ΦΕΚ 3402/Β΄/20-12-2012). Στην εν λόγω απόφαση και συγκεκριμένα στο Παράρτημα 2 «Διαδικασίες παροχής ΤοΥΒ», αυτής ορίζεται πως: «.. Όλα τα αιτήματα σχετικά με την παροχή του ΤοΒ υποβάλλονται από τον Τ.Π. μέσω του Π/Σ ΟΤΕ, σύμφωνα με τις διαδικασίες που περιγράφονται. Μέχρι την ολοκλήρωση της υλοποίησης παροχής αιτημάτων ΤοΥΒ μέσω των Π/Σ, ο ΟΤΕ θα δέχεται την κατάθεση των αιτημάτων των Παρόχων μέσω επιστολών.».

80. Περαιτέρω, στο Παράρτημα 4 SLA ΤΟΒ/ΤΟΥΒ (Βασική Συμφωνία Επιπέδου Υπηρεσιών) και συγκεκριμένα στο 4.1 ορίζεται πως: «Χρόνος παράδοσης» είναι το χρονικό διάστημα που μεσολαβεί από την επόμενη εργάσιμη ημέρα αποστολής της αίτησης στον ΟΤΕ, μέχρι την ημερομηνία πλήρους υλοποίησής της, όπως αυτές (ημερομηνίες) εμφανίζονται στα σχετικά πεδία αναζήτησης της αίτησης στο Π.Σ. ΟΤΕ…»., ενώ αναφορικά με το Κεφάλαιο 4.5. «ΠΑΡΑΔΟΣΗ ΤΟΒ/ΤΟΥΒ» και συγκεκριμένα το 4.5.1. «Χρόνοι Παράδοσης», προβλέπεται πως:

«..Για την καλή εκτέλεση της συμφωνίας, ορίζονται οι παρακάτω χρόνοι παράδοσης του ΠΤοΒ/ΠΤοΥΒ ή και του ΜΤοΒ/ΜΤοΥΒ. Ο ΟΤΕ θα παραδίδει τους ΤοΒ/ΤοΥΒ στους πραγματικούς χρόνους που φαίνονται στον πιο κάτω Πίνακα 2:

Πίνακας 2

Α/Α	ΥΠΗΡΕΣΙΑ	ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΟΣ ΧΡΟΝΟΣ ΠΑΡΑΔΟΣΗΣ ΤοΒ/ΤοΥΒ ΣΕ ΕΗ	ΕΝΑΡΞΗ ΠΡΟΘΕΣΜΙΑΣ
	Α	Β	Γ
1	Αίτηση παράδοσης ΤοΒ/ΤοΥΒ ή μετάβασης		Προς ΟΤΕ

2	Παράδοση Πλήρους ΤοΒ (ΠΤοΒ)	8	Από την επόμενη ΕΗ του 1
3	Παράδοση Ανενεργού ΤοΒ (ΑΝΤοΒ)	12	Από την επόμενη ΕΗ του 1
4	Παράδοση Μεριζόμενου ΤοΒ (ΜΤοΒ)	8	Από την επόμενη ΕΗ του 1
5	Παράδοση ΠΤοΒ με Φορητότητα	8	Από την επόμενη ΕΗ του 1
6	Μετάβαση ΜΤοΒ σε ΠΤοΒ (χωρίς φορητότητα)	8	Από την επόμενη ΕΗ του 1
7	Μετάβαση ΜΤοΒ σε ΠΤοΒ με Φορητότητα	8	Από την επόμενη ΕΗ του 1
8	Μετάβαση ΧΕΠ σε ΠΤοΒ (χωρίς φορητότητα)	8	Από την επόμενη ΕΗ του 1
9	Μετάβαση ΧΕΠ σε ΠΤοΒ με Φορητότητα	8	Από την επόμενη ΕΗ του 1
10	Μετάβαση ΧΕΠ σε ΜΤοΒ	8	Από την επόμενη ΕΗ του 1
11	Μετάβαση ΜΤοΒ σε ΜΤοΒ	8	Από την επόμενη ΕΗ του 1
12	Μετάβαση ΠΤοΒ σε ΠΤοΒ	8	Από την επόμενη ΕΗ του 1
13	Παράδοση Ανενεργού ΤοΥΒ (ΑΝΤοΥΒ)	15	Από την επόμενη ΕΗ του 1
14	Παράδοση Ενεργού ΤοΥΒ (ΕΝΤοΥΒ)	15	Από την επόμενη ΕΗ του 1
15	Μετάβαση ΜΤοΒ σε ΠΤοΥΒ	15	Από την επόμενη ΕΗ του 1
16	Μετάβαση ΠΤοΥΒ σε ΠΤοΒ	15	Από την επόμενη ΕΗ του 1
17	Μετάβαση ΠΤοΥΒ σε ΠΤοΥΒ	15	Από την επόμενη ΕΗ του 1
18	Μετάβαση ΠΤοΒ σε ΠΤοΥΒ	15	Από την επόμενη ΕΗ του 1
19	Μετάβαση ΧΕΠ σε ΠΤοΥΒ	15	Από την επόμενη ΕΗ του 1
20	Κατάργηση ΤοΒ	8	Από την επόμενη ΕΗ του 1
21	Αλλαγή ορίου ΤοΒ (που δεν σχετίζεται με βλάβη).	5	Από την επόμενη ΕΗ του 1

80. Ενώ αναφορικά με το ζήτημα της υποβολής προβλέψεων, στο Κεφάλαιο 4.5.2. «Προβλέψεις», ορίζεται πως:

«..Για τους σκοπούς της παροχής προβλέψεων εκ μέρους των παρόχων, ορίζονται συγκεκριμένες ομάδες Α/Κ (η κάθε ομάδα περιλαμβάνει περισσότερα του ενός Α/Κ), οι οποίες καλύπτουν μία ευρύτερη περιοχή. Η ομάδα των Α/Κ ορίζεται ανάλογα με τον αστικό ή αγροτικό χαρακτήρα της κάθε περιοχής και ακολουθεί τις ακόλουθες ελάχιστες προδιαγραφές:

a. Μία ομάδα δύναται να περιλαμβάνει Α/Κ τα οποία εντάσσονται σε ίδια διοικητική δομή, π.χ. χρησιμοποιούν τους ίδιους πόρους, εξυπηρετούνται από τα ίδια τεχνικά συνεργεία

b. Στην Αθήνα και Θεσσαλονίκη, οι προβλέψεις δύνανται να υποβάλλονται είτε ανά δήμο είτε ανά ομάδα γειτονικών Α/Κ.

c. Σε μεγάλα αστικά κέντρα, πλην της Αθήνας και της Θεσσαλονίκης, οι προβλέψεις δύνανται να υποβάλλονται είτε συνολικά για την πόλη, είτε ανά ομάδα γειτονικών Α/Κ.

d. Στα μικρότερα αστικά κέντρα, οι προβλέψεις δύνανται να υποβάλλονται ανά γεωγραφική περιοχή στην οποία ανήκουν.

Η λίστα με την εν λόγω ομαδοποίηση των Α/Κ καταχωρείται στο ΠΣ ΟΤΕ.

Τα στοιχεία που θα πρέπει να παρέχονται αφορούν:

o Για τον ΤοΒ: Πλήθος νέων αιτημάτων παροχής ΤοΒ (πλήρεις και μεριζόμενοι ξεχωριστά) ανά Τ.Π και ανά ομάδα Α/Κ.

o Για τον ΤοΥΒ: Πλήθος νέων αιτημάτων παροχής ΤοΥΒ ανά Τ.Π. και ανά ομάδα Α/Κ.

o Κατανομή των στοιχείων αυτών σε διάστημα 12 μηνών, ανά μήνα για το πρώτο τρίμηνο και ανά τρίμηνο για τον υπόλοιπο χρόνο.

o Οι προβλέψεις που λαμβάνονται υπόψη στην παρούσα συμφωνία σε ότι αφορά την εξυπηρέτηση αιτημάτων είναι οι προβλέψεις του εκάστοτε πρώτου τριμήνου.

o Υποβολή επικαιροποιημένων προβλέψεων ανά τρίμηνο.

o Αποστολή στον ΟΤΕ των προβλέψεων ανά τρίμηνο και συγκεκριμένα:

=> Μέχρι 15 Φεβρουαρίου κάθε έτους για το δωδεκάμηνο που αρχίζει στις 1 Απριλίου.

=> Μέχρι 15 Μαΐου κάθε έτους για το δωδεκάμηνο που αρχίζει στις 1 Ιουλίου.

=> Μέχρι 15 Αυγούστου κάθε έτους για το δωδεκάμηνο που αρχίζει στις 1 Οκτωβρίου.

=> Μέχρι 15 Νοεμβρίου κάθε έτους για το δωδεκάμηνο που αρχίζει στις 1 Ιανουαρίου.

Οι υποβαλλόμενες αιτήσεις εξυπηρετούνται σύμφωνα με την ημερομηνία υποβολής τους στο Π.Σ. ΟΤΕ, εφόσον το πλήθος των μηνιαίων αιτημάτων ανά Τ.Π., Α/Κ, όπως ορίζονται πιο πάνω για τις προβλέψεις, δεν διαφοροποιείται από τις αντίστοιχες μηνιαίες προβλέψεις μέχρι ποσοστού +10% αυτών.

Οι αιτήσεις οι οποίες υπερβαίνουν το όριο του +10%, δεν περιλαμβάνονται στη παρούσα συμφωνία και θα ικανοποιούνται στο συντομότερο δυνατό διάστημα.

Σε περίπτωση που οι αιτήσεις που υποβλήθηκαν σ’ ένα τρίμηνο αντιστοιχούν σε ποσοστό μικρότερο του 80% των αντίστοιχων προβλέψεων τριμήνου, τότε ο ΟΤΕ δύναται να τροποποιεί τις προβλέψεις του Τ.Π. για το επόμενο τρίμηνο ως εξής:

Οι αναπροσαρμοσμένες συνολικές προβλέψεις για το επόμενο τρίμηνο ισούνται με το άθροισμα των αιτημάτων που υποβλήθηκαν στο προηγούμενο τρίμηνο αυξημένου κατά 20%, με την προϋπόθεση ότι ο αριθμός των τροποποιημένων προβλέψεων είναι μικρότερος των προβλέψεων που είχε κάνει ο Τ.Π.

Ο επιμερισμός των προβλέψεων ανά μήνα θα γίνει με τον ακόλουθο τρόπο:

$Π_i = \{Π_{αν} * Π_{παρόχου\ i}\}/\{Σ(Π_{παρόχου\ i})\}$

Όπου

Πi: Η τροποποιημένη πρόβλεψη για τον μήνα i

i: Ο μήνας i με i=1-3

$Π_{αν}$: Οι αναπροσαρμοσμένες συνολικές προβλέψεις για το επόμενο τρίμηνο

$Π_{παρόχου\ i}$: Η αρχική πρόβλεψη του Τ.Π για τον μήνα i

Σημειώνεται ότι τα σχετικά αιτήματα ενός Τ.Π για συναφείς ευκολίες (πχ. παράδοση ΕΣΚ/ΕΣΚΤ) θα πρέπει να συνάδουν με τις αντίστοιχες προβλέψεις του Τ.Π για παροχή ΤοΒ/ΤοΥΒ

Εάν ο Τ.Π. δεν υποβάλλει τις προβλέψεις του εντός των ως άνω καθορισμένων προθεσμιών, τότε οι αιτήσεις του δεν περιλαμβάνονται στη παρούσα συμφωνία και θα ικανοποιούνται στον συντομότερο δυνατό χρόνο.»

81. Στο ίδιο κανονιστικό κείμενο, και δη για την κρίσιμη περίπτωση που δεν τηρηθούν οι πραγματικοί χρόνοι παράδοσης, προβλέπεται η κατάπτωση των σχετικών ρητρών (βλ. 4. 5.3. Ρήτρες).

V. Νομική εκτίμηση- Υπαγωγή πραγματικών περιστατικών στις ισχύουσες διατάξεις περί Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών

82. Από τα στοιχεία του φακέλου και την διεξαχθείσα διαδικασία ακροάσεως προκύπτουν τα εξής:

83. Η υπό εξέταση «συμπεριφορά» της καταγγελλομένης εταιρείας ΟΤΕ και δη η εξέταση της εφαρμογής της διακριτικής μεταχείρισης στην ικανοποίηση αιτημάτων τρίτων (παρόχων) σε σχέση με αυτά του λιανικού του άκρου, αφορά στο χρονικό διάστημα από τον Ιανουάριο του 2012 έως και τον τέλος του έτους 2014.

84. Τα προσκομισθέντα και εξετασθέντα από την ΕΕΤΤ στοιχεία, αποδεικνύουν, χωρίς αμφισβήτηση πως η καταγγελλομένη εταιρεία για το ως άνω χρονικό διάστημα προέβαινε όντως σε ευνοϊκότερη διαχείριση των αιτημάτων του λιανικού της άκρου ΤοΒ σε αντίθεση με την υλοποίηση των αιτημάτων ΤοΒ των καταγγελλόντων παρόχων, παραδίδοντάς τα σε μεγαλύτερο χρονικό διάστημα και με σχετική καθυστέρηση, εικόνα που παρουσιάζει πρακτική σαφούς διάκρισης από πλευράς ΟΤΕ.

85. Συγκεκριμένα, ως αναφέρθηκε ανωτέρω, η εταιρεία ΟΤΕ καθορίστηκε με την ΑΠ. 614/013/28-07-2011 ανάλυσης αγορών (3ος γύρος ανάλυσης), ως επιχείρηση με σημαντική ισχύ στην εθνική αγορά χονδρικής παροχής πρόσβασης σε φυσική υποδομή δικτύου για το σκοπό της παροχής ευρυζωνικών και φωνητικών υπηρεσιών, και συνεπεία τούτου φέρει συγκεκριμένες κανονιστικές υποχρεώσεις, σύμφωνα με τα αναλυτικά αναφερόμενα στο Κεφάλαιο ΙΙΙ με τίτλο «Κανονιστικές υποχρεώσεις» της ως άνω απόφασης. Συγκεκριμένα, μεταξύ των κανονιστικών υποχρεώσεών της είναι: η υποχρέωση πρόσβασης και χρήσης ευκολιών δικτύου, η υποχρέωση μη διακριτικής μεταχείρισης, καθώς και άλλες κανονιστικές υποχρεώσεις. Με την προηγουμένως εκδοθείσα κανονιστική απόφαση (ανάλυσης αγοράς) με ΑΠ. 531/065/2009, η ΟΤΕ είχε επίσης οριστεί ως επιχείρηση ηλεκτρονικών επικοινωνιών με Σημαντική Ισχύ στην Εθνική Αγορά Χονδρικής παροχής αδεσμοποίητης πρόσβασης (πλήρως και μεριζόμενης πρόσβασης) σε μεταλλικούς βρόχους και υποβρόχους για το σκοπό της παροχής ευρυζωνικών και φωνητικών υπηρεσιών, βάσει της οποίας της είχαν επίσης επιβληθεί, μεταξύ άλλων η υποχρέωση παροχής πρόσβασης και χρήσης ειδικών ευκολιών δικτύου καθώς και η υποχρέωση αμεροληψίας (μη διακριτικής μεταχείρισης).

86. Ειδικότερα, η υποχρέωση μη διακριτικής μεταχείρισης εξειδικεύεται ως εξής: στις παραγράφους 4.1.1, 4.1.2 και 4.1.3 της Ενότητας ΙΙΙ. Κανονιστικές Υποχρεώσεις της απόφασης με ΑΠ. 614/013/28-07-2011, στο πλαίσιο της υποχρέωσης Αμεροληψίας (Μη Διακριτικής Μεταχείρισης) αυτής:

«Η εταιρεία ΟΤΕ ΑΕ φέρει τις ακόλουθες υποχρεώσεις: 4.1.1 Διατηρείται η υποχρέωση μη διακριτικής μεταχείρισης, σύμφωνα με την οποία ο ΟΤΕ οφείλει να εφαρμόζει ισοδύναμους όρους, σε ισοδύναμες περιστάσεις, σε άλλες επιχειρήσεις που παρέχουν ισοδύναμες υπηρεσίες, και να παρέχει υπηρεσίες σε τρίτους υπό τους ίδιους όρους (ιδίως τιμολογιακούς και τεχνικούς) και της ιδίας ποιότητας, με αυτές που παρέχει και στο λιανικό του άκρο (συμπεριλαμβανομένων των θυγατρικών του και των συνδεδεμένων με αυτόν επιχειρήσεων). 4.1.2 Οι πληροφορίες που λαμβάνονται από τον ΟΤΕ στο πλαίσιο της παροχής Χονδρικής Ευρυζωνικής Πρόσβασης από έναν εναλλακτικό πάροχο, απαγορεύεται να χρησιμοποιούνται (με οποιοδήποτε τρόπο) από το λιανικό άκρο του ΟΤΕ. Η δέσμευση συμμόρφωσης σχετικά με την παραπάνω υποχρέωση θα πρέπει να γίνεται εγγράφως από τον ΟΤΕ. 4.1.3 Απαγορεύεται κάθε προνομιακή πρόσβαση του λιανικού άκρου του ΟΤΕ ή των συνδεδεμένων με αυτόν επιχειρήσεων στις δραστηριότητες χονδρικής του ΟΤΕ. Μεταξύ άλλων (και μη περιοριστικά) αυτό ισχύει σε περίπτωση που ο ΟΤΕ προβεί στην εμπορική εισαγωγή νέων λιανικών προϊόντων τα οποία υλοποιούνται με τεχνικά χαρακτηριστικά, σχεδίαση και υλοποίηση ανώτερη από το παρεχόμενο επί του παρόντος επίπεδο «best effort» (π.χ. managed VOIP πάνω από DSL, IPTV πάνω από ADSL ή VDSL). Η υποχρέωση μη διάκρισης καλύπτει και τα πληροφοριακά συστήματα του ΟΤΕ. Απαγορεύεται κάθε προνομιακή πρόσβαση του λιανικού άκρου του ΟΤΕ ή των συνδεδεμένων με αυτόν επιχειρήσεων στα πληροφοριακά συστήματα χονδρικής και ο ΟΤΕ οφείλει να παρέχει πρόσβαση στα εν λόγω συστήματα χονδρικής σε τρίτους παρόχους υπό τους ίδιους όρους και της ίδιας ποιότητας με αυτές που παρέχει και στο λιανικό του άκρο….».

87. Όσον αφορά στους χρόνους παράδοσης των αιτημάτων ΤοΒ, το κείμενο κανονιστικό πλαίσιο του RUO (Παράρτημα 4, 4.5.1), ως ισχύει τροποποιηθέν, ορίζει την παράδοση των αιτημάτων ΠΤοΒ με ή χωρίς φορητότητα σε οκτώ (8) ημέρες.

88. Σύμφωνα επίσης με τον Κανονισμό Φορητότητας της ΕΕΤΤ, ως ισχύει τροποποιηθείς (ΑΠ.566/016/2010 και ΑΠ. 598/010/2011), και δη το άρθρο 9 αυτού, με τίτλο «Διαδικασία Παροχής της Φορητότητας Αριθμών» ορίζει στην παράγρ. «6. α) Οι αιτήσεις φορητότητας προωθούνται από τον πάροχο-δέκτη μέσω της ΕΒΔΑΦ στον πάροχο-δότη εντός το πολύ μίας (1) εργάσιμης ημέρας από την υποβολή τους από το συνδρομητή. β) Στην περίπτωση που η αίτηση φορητότητας αριθμού συνοδεύεται από αίτηση πλήρους αποδεσμοποίησης τοπικού βρόχου, τότε οι δύο αιτήσεις συνυποβάλλονται από τον πάροχο-δέκτη, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα οικεία νομοθετικά και κανονιστικά κείμενα. Στην υποβαλλόμενη αίτηση φορητότητας αριθμού υπάρχει σχετική ένδειξη η οποία συμπληρώνεται από τον πάροχο-δέκτη, σύμφωνα με την οποία, η ανωτέρω αίτηση συνυποβάλλεται με αίτηση πλήρους αποδεσμοποίησης τοπικού βρόχου..», ενώ στην παράγραφο 17β, του ιδίου άρθρου, οριζόταν ότι: «17. Ο χρόνος διεκπεραίωσης της μεταφοράς αριθμού δεν δύναται να υπερβαίνει: α) τη μία (1) εργάσιμη ημέρα από την ημερομηνία που η σχετική αίτηση του συνδρομητή για μεταφορά αριθμών κινητής τηλεφωνίας γίνει αποδεκτή από τον πάροχο-δότη ή, εάν δεν υπάρξει απάντηση από τον πάροχο-δότη, από την ημερομηνία που τεκμαίρεται ότι ο πάροχος- δότης απάντησε θετικά στην αίτηση, σύμφωνα με την παράγραφο 10 του παρόντος άρθρου. Σε κάθε περίπτωση ο χρόνος διεκπεραίωσης της μεταφοράς αριθμού δεν μπορεί να υπερβαίνει τις τρεις (3) εργάσιμες ημέρες από την 16 ημερομηνία υποβολής της σχετικής αίτησης του συνδρομητή στον πάροχο-δέκτη για μεταφορά αριθμών κινητής τηλεφωνίας, β) τη μία (1) εργάσιμη ημέρα από την ημερομηνία που η σχετική αίτηση του συνδρομητή για μεταφορά αριθμών σταθερής τηλεφωνίας ή μη γεωγραφικών αριθμών γίνει αποδεκτή από τον πάροχο-δότη ή, εάν δεν υπάρξει απάντηση από τον πάροχο-δότη, από την ημερομηνία που τεκμαίρεται ότι ο πάροχος-δότης απάντησε θετικά στην αίτηση, σύμφωνα με την παράγραφο 10 του παρόντος άρθρου, με την επιφύλαξη της συνυποβολής αιτήσεων φορητότητας και πλήρους αποδεσμοποίησης του τοπικού βρόχου, όπως αυτή αναφέρεται στην παρ. 6, εδάφιο β. Σε κάθε περίπτωση ο χρόνος διεκπεραίωσης της μεταφοράς αριθμού δεν μπορεί να υπερβαίνει τις τρεις (3) εργάσιμες ημέρες από την ημερομηνία υποβολής της σχετικής αίτησης του συνδρομητή στον πάροχο-δέκτη για μεταφορά αριθμών σταθερής τηλεφωνίας ή μη γεωγραφικών αριθμών, με την επιφύλαξη της συνυποβολής αιτήσεων φορητότητας και πλήρους αποδεσμοποίησης του τοπικού βρόχου, όπως αυτή αναφέρεται στην παρ. 6, εδάφιο β. Στην περίπτωση της συνυποβολής αιτήσεων φορητότητας και πλήρους αποδεσμοποίησης του τοπικού βρόχου, η μεταφορά αριθμού διεκπεραιώνεται την ημέρα παράδοσης του πλήρους αποδεσμοποίητου τοπικού βρόχου, για την οποία ισχύουν οι προθεσμίες που ορίζονται από την κείμενη νομοθεσία..».

89. Συνεπώς, σύμφωνα με τα ανωτέρω, η εταιρεία ΟΤΕ δεν δικαιολογείται να προβαίνει σε διαφοροποιήσεις στους χρόνους παράδοσης των αιτημάτων ΤοΒ, όταν αυτά προέρχονται από τρίτους παρόχους ανταγωνιστές της και να εξυπηρετεί με ευνοϊκότερο τρόπο την διαδικασία στο λιανικό της άκρο, σύμφωνα με το κείμενο κανονιστικό πλαίσιο και άρα κάθε τέτοια διαπίστωση συνιστά ευθεία παράβαση τόσο των διατάξεων του RUO, όσο και των κανονιστικών αποφάσεων ανάλυσης αγορών (και δη των κανονιστικών του υποχρεώσεων).

90. Πιο συγκεκριμένα, μετά το πέρας της ακροαματικής διαδικασίας ζητήθηκαν λεπτομερή αριθμητικά στοιχεία (για τα έτη 2012-2014) και με συγκεκριμένα πρότυπα αναφοράς ομογενή (format) για το σύνολο των εταιρειών, που κρίθηκαν απαραίτητα για την περαιτέρω αξιολόγηση της υποθέσεως και την εκτίμηση της «ισότιμης» ή μη αντιμετώπισης στην διεκπεραίωση των αιτημάτων από πλευράς ΟΤΕ προς το λιανικό του άκρο και τους υπολοίπους παρόχους - καταγγέλλοντες. Η αναλυτική εξέταση από την ΕΕΤΤ των προσκομισθέντων στοιχείων τόσο της καταγγελλομένης εταιρείας όσο και των τεσσάρων καταγγελλόντων εταιρειών, «απέδειξε» την εφαρμογή ευνοϊκότερων και διαφορετικών διαδικασιών για το λιανικό άκρο του ΟΤΕ σε σχέση με τα αιτήματα των άλλων παρόχους.

91. Ειδικότερα, με βάση τα ως άνω προσκομισθέντα στοιχεία, η εικόνα της αγοράς για την τριετία 2012-2014 αναφορικά με τους χρόνους υλοποίησης από την εταιρεία ΟΤΕ των νέων αιτημάτων ΤοΒ των καταγγελλόντων εταιρειών παρουσιάζεται ως εξής[2]:

1. Για τα αιτήματα που αφορούν στους Ενεργούς βρόχους:

α. Για την Εταιρεία CYTA

• Για την εταιρεία CYTA κατά το έτος 2012, και αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων για μεταφορά από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την CYTA, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … ημέρες (…), γεγονός που παρουσιάζει μια διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

• Παρομοίως, για την ίδια εταιρεία, κατά το έτος 2013, και αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την CYTA, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … ημέρες (…), γεγονός που επίσης παρουσιάζει διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

• Και για το έτος 2014, αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την CYTA, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … ημέρες (…), γεγονός που επίσης παρουσιάζει διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

[2] Οι χρόνοι αναφέρονται σε εργάσιμες ημέρες.

β. Για την εταιρεία Forthnet

• Στην περίπτωση της εταιρείας Forthnet, κατά το έτος 2012 και αναφορικά με το σύνολο των και αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων για μεταφορά από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την Forthnet, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … (…) ημέρες (…), γεγονός που παρουσιάζει μια διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

• Παρομοίως, για την ίδια εταιρεία, κατά το έτος 2013, και αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την Forthnet, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … ημέρες (…), γεγονός που επίσης παρουσιάζει διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

• Και για το έτος 2014, αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την Forthnet, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … ημέρες (…), γεγονός που επίσης παρουσιάζει διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

γ. Για την εταιρεία HOL

• Στην περίπτωση της εταιρείας HOL, κατά το έτος 2012 και αναφορικά με το σύνολο των και αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων για μεταφορά από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την HOL, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … (…) ημέρες (…), γεγονός που παρουσιάζει μια διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

• Παρομοίως, για την ίδια εταιρεία, κατά το έτος 2013, και αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την HOL, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … ημέρες (…), γεγονός που επίσης παρουσιάζει διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

• Και για το έτος 2014, αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την HOL, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … ημέρες (…), γεγονός που επίσης παρουσιάζει διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

δ. Για την εταιρεία WIND

• Στην περίπτωση της εταιρείας WIND, κατά το έτος 2012 και αναφορικά με το σύνολο των και αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων για μεταφορά από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την WIND, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … (…) ημέρες (…), γεγονός που παρουσιάζει μια διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

• Παρομοίως, για την ίδια εταιρεία, κατά το έτος 2013, και αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα …. αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την WIND, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … ημέρες (…), γεγονός που επίσης παρουσιάζει διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

• Και για το έτος 2014, αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την WIND, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … ημέρες (…), γεγονός που επίσης παρουσιάζει διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

2. Για τα αιτήματα που αφορούν στους Ανενεργούς βρόχους

Αντιστοίχως, για τα αιτήματα που αφορούν στην παράδοση ανενεργών βρόχων, υπάρχει και πάλι μεγάλη διαφορά στους χρόνους υλοποίησης των αιτημάτων ανενεργού βρόχου μεταξύ της εταιρείας ΟΤΕ και των λοιπών εταιρειών - καταγγελλόντων.

Συγκεκριμένα:

α. Για την εταιρεία CYTA

• Για την εταιρεία CYTA κατά το έτος 2012, και αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων για μεταφορά από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την CYTA, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … ημέρες (…), γεγονός που παρουσιάζει μια διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

• Παρομοίως, για την ίδια εταιρεία, κατά το έτος 2013, και αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την CYTA, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … ημέρες

(…), γεγονός που επίσης παρουσιάζει διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

• Και για το έτος 2014, αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την CYTA, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν.. ημέρες (…), γεγονός που επίσης παρουσιάζει διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως της … (…) ημέρας.

β. Για την εταιρεία Forthnet

• Στην περίπτωση της εταιρείας Forthnet, κατά το έτος 2012 και αναφορικά με το σύνολο των …. αιτημάτων για μεταφορά από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την Forthnet, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … (…) ημέρες (…), γεγονός που παρουσιάζει μια διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

• Παρομοίως, για την ίδια εταιρεία, κατά το έτος 2013, και αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την Forthnet, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … ημέρες (…), γεγονός που επίσης παρουσιάζει διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

• Και για το έτος 2014, αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την Forthnet, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … ημέρες (…), γεγονός που επίσης παρουσιάζει διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως της … (…) ημέρας.

γ. Για την εταιρεία HOL

• Στην περίπτωση της εταιρείας HOL, κατά το έτος 2012 και αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων για μεταφορά από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την HOL, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … (…) ημέρες (…), γεγονός που παρουσιάζει μια διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

• Παρομοίως, για την ίδια εταιρεία, κατά το έτος 2013, και αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την HOL, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … ημέρες (…), γεγονός που επίσης παρουσιάζει διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

• Και για το έτος 2014, αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την HOL, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … ημέρες (…), γεγονός που επίσης παρουσιάζει διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως της … (…) ημέρας.

δ. Για την εταιρεία WIND

• Στην περίπτωση της εταιρείας WIND, κατά το έτος 2012 και αναφορικά με το σύνολο των και αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων για μεταφορά από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την WIND, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … (…) ημέρες (…), γεγονός που παρουσιάζει μια διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

• Παρομοίως, για την ίδια εταιρεία, κατά το έτος 2013, και αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την WIND, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … ημέρες (…), γεγονός που επίσης παρουσιάζει διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

• Τέλος και για το έτος 2014, αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την WIND, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … ημέρες (…), γεγονός που επίσης παρουσιάζει διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

3. Για τα αιτήματα που αφορούν στους Μεριζόμενους βρόχους

Και στην περίπτωση των αιτημάτων των παρόχων που αφορούν στους μεριζόμενους βρόχων, διαπιστώθηκε διαφορά ως προς τους χρόνους υλοποίησης των βρόχων ΤοΒ μεταξύ της εταιρείας ΟΤΕ και των λοιπών εταιρειών-καταγγελλόντων και συγκεκριμένα:

α. Για την Εταιρεία CYTA

• Για την εταιρεία CYTA κατά το έτος 2012, και αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων για μεταφορά από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την CYTA, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … ημέρες

(…), γεγονός που παρουσιάζει μια διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

• Παρομοίως, για την ίδια εταιρεία, κατά το έτος 2013, και αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την CYTA, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … ημέρες (…), γεγονός που επίσης παρουσιάζει διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

• Και για το έτος 2014, αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την CYTA, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … ημέρες (…), γεγονός που επίσης παρουσιάζει διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

β. Για την εταιρεία Forthnet

• Στην περίπτωση της εταιρείας Forthnet, κατά το έτος 2012 και αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων για μεταφορά από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την Forthnet, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … (…) ημέρες (…), γεγονός που παρουσιάζει μια διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

• Παρομοίως, για την ίδια εταιρεία, κατά το έτος 2013, και αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την Forthnet, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … ημέρες (…), γεγονός που επίσης παρουσιάζει διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

• Και για το έτος 2014, αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την Forthnet, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … ημέρες (…), γεγονός που επίσης παρουσιάζει διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

γ. Για την εταιρεία HOL

• Στην περίπτωση της εταιρείας HOL, κατά το έτος 2012 και αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων για μεταφορά από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την HOL, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … (…) ημέρες (…), γεγονός που παρουσιάζει μια διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

• Παρομοίως, για την ίδια εταιρεία, κατά το έτος 2013, και αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την HOL, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … ημέρες (…), γεγονός που επίσης παρουσιάζει διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

• Και για το έτος 2014, αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την HOL, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … ημέρες (…), γεγονός που επίσης παρουσιάζει διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

δ. Για την εταιρεία WIND

• Στην περίπτωση της εταιρείας WIND, κατά το έτος 2012 και αναφορικά με το σύνολο των … αιτημάτων για μεταφορά από την εταιρεία προς τον ΟΤΕ, διαπιστώθηκε ότι ολοκληρώθηκαν σε μέσο χρόνο … ημερών (…), ενώ αντιθέτως για τα … αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την WIND, ο μέσος χρόνος ολοκλήρωσης ήταν … (…) ημέρες (…), γεγονός που παρουσιάζει μια διαφοροποίηση και δη καθυστέρηση στην ανταπόκριση από πλευράς ΟΤΕ προς την ανταγωνίστρια εταιρεία, της τάξεως των … (…) ημερών.

• Η εταιρεία WIND δεν είχε υποβάλλει αιτήματα προς διεκπεραίωση κατά τα έτη 2013 και 2014, ενώ αντιθέτως τα …. του 2013 και … του 2014 αιτήματα προς μεταφορά από τον ΟΤΕ προς την WIND παραδόθηκαν σε τέσσερεις (…) και τρείς (…) ημέρες αντίστοιχα.

92. Οι παραπάνω διαπιστώσεις για τις Παραδόσεις των ενεργών, ανενεργών και μεριζόμενων βρόχων διατυπώνονται παραστατικά στα κάτωθι διαγράμματα:

Διάγραμμα 1: Μέσος χρόνος υλοποίησης αιτημάτων για μετακινήσεις από ΟΤΕ προς λοιπές εταιρείες

…

Ενώ στο Διάγραμμα 2:

Διάγραμμα 2: Μέσος χρόνος υλοποίηση αιτημάτων για μετακινήσεις από λοιπές εταιρείες προς ΟΤΕ

….

Διάγραμμα 3: Διαφορά του μέσου χρόνου υλοποίησης αιτημάτων για μετακινήσεις από όλες τις λοιπές εταιρείες (μέσος όρος) προς ΟΤΕ σε σχέση με τον μέσο χρόνο υλοποίησης αιτημάτων για μετακινήσεις από ΟΤΕ προς όλες τις λοιπές εταιρείες (μέσος όρος)

….

93. Από τα ανωτέρω διαπιστώνεται ότι υπάρχει μεγάλη και διατηρήσιμη διαφορά στους χρόνους υλοποίησης αιτημάτων σύνδεσης μεταξύ ΟΤΕ και λοιπών εταιρειών.

Πιο συγκεκριμένα, ο ΟΤΕ συστηματικά εμφανίζεται να πραγματοποιεί συνδέσεις στο λιανικό του άκρο πολύ γρηγορότερα (σε Εργάσιμες Ημέρες (ΕΗ), σε σχέση με τις συνδέσεις που πραγματοποιεί για λογαριασμό των πελατών του χονδρικής, που είναι και οι ανταγωνιστές του στη λιανική.

94. Η διαφορά των μέσων χρόνων φαίνεται στο Διάγραμμα 3, όπου η διαφορά κυμαίνεται μεταξύ … (…) και … (…) ΕΗ (με τη διαφορά να είναι σχεδόν … ημέρα μόνο σε … από τους 36 υπό εξέταση ημερολογιακούς μήνες), ή ποσοστιαία μεταξύ …% και …% (με τη διαφορά να είναι μονοψήφια μόνο σε … από τους … υπό εξέταση ημερολογιακούς μήνες).

95. Σημειώνεται ότι η εν λόγω συμπεριφορά του ΟΤΕ παρουσιάζεται χωρίς κάποια διάκριση ως προς τις λοιπές εταιρείες, δηλαδή αντιμετωπίζει με τον ίδιο τρόπο και χωρίς διάκριση τις λοιπές υπό εξέταση εταιρείες και ως προς το κάθε φορά ύψος του χρόνου υλοποίησης αιτημάτων και ως προς τη συν τω χρόνω μεταβολή αυτού.

96. Με βάση τα ζητηθέντα στοιχεία, η εικόνα της αγοράς για την τριετία 2012-14 αναφορικά με τους χρόνους υλοποίησης νέων αιτημάτων Ανενεργών βρόχων είναι η κάτωθι:

Διάγραμμα 4: Μέσος χρόνος υλοποίησης αιτημάτων ανενεργού βρόχου για λογαριασμό εταιρειών πλην ΟΤΕ

….

Διάγραμμα 5: Διαφορά του μέσου χρόνου υλοποίησης αιτημάτων ανενεργού βρόχου για τις λοιπές εταιρείες (μέσος όρος) σε σχέση με τον χρόνο υλοποίησης αιτημάτων ανενεργού βρόχου για το λιανικό άκρο ΟΤΕ

…

97. Από τα ανωτέρω διαπιστώνεται και πάλι ότι υπάρχει μεγάλη και διατηρήσιμη διαφορά στους χρόνους υλοποίησης αιτημάτων ανενεργού βρόχου μεταξύ ΟΤΕ και λοιπών εταιρειών. Πιο συγκεκριμένα, ο ΟΤΕ συστηματικά - αν και όχι στον ίδιο βαθμό κι ένταση όπως στην περίπτωση του ενεργού βρόχου - εμφανίζεται να πραγματοποιεί συνδέσεις στο λιανικό του άκρο πολύ γρηγορότερα (σε ΕΗ) σε σχέση με τις συνδέσεις που πραγματοποιεί για λογαριασμό των πελατών του χονδρικής, που είναι και οι ανταγωνιστές του στη λιανική.

98. Σημειώνουμε επίσης, όπως και στην περίπτωση του ενεργού βρόχου, ότι η εν λόγω συμπεριφορά του ΟΤΕ παρουσιάζεται χωρίς κάποια διάκριση ως προς τις λοιπές εταιρείες, δηλαδή αντιμετωπίζει με τον ίδιο τρόπο και χωρίς διάκριση τις λοιπές υπό εξέταση εταιρείες και ως προς το κάθε φορά ύψος του χρόνου υλοποίησης αιτημάτων και ως προς τη συν τω χρόνω μεταβολή αυτού.

99. Με βάση τα ζητηθέντα στοιχεία, η εικόνα της αγοράς για την τριετία 2012-14 αναφορικά με τους χρόνους υλοποίησης αιτημάτων Μεριζόμενου βρόχου είναι η κάτωθι:

Διάγραμμα 6: Χρόνος υλοποίησης αιτημάτων μεριζόμενου βρόχου για ΟΤΕ

…

100. Από τα ανωτέρω επιβεβαιώνεται η αρχική (και προ της διεξαχθείσης ακροάσεως) εκτίμηση ότι υπάρχει μεγάλη και διατηρήσιμη διαφορά και στους χρόνους υλοποίησης αιτημάτων μεριζόμενου βρόχου μεταξύ ΟΤΕ και λοιπών εταιρειών. Πιο συγκεκριμένα, ο ΟΤΕ συστηματικά - καίτοι όχι στον ίδιο βαθμό κι ένταση όπως στην περίπτωση του ενεργού βρόχου - εμφανίζεται να πραγματοποιεί συνδέσεις στο λιανικό του άκρο πολύ γρηγορότερα (σε ΕΗ) σε σχέση με τις συνδέσεις που πραγματοποιεί για λογαριασμό των πελατών του χονδρικής, που είναι και οι ανταγωνιστές του στη λιανική.

101. Σημειώνεται, όμως, ότι η παραπάνω εικόνα είναι μεν ενδεικτική ως προς την εταιρική πρακτική του ΟΤΕ, αλλά με δευτερεύουσα επίπτωση στην αγορά, διότι ενώ ο αριθμός αιτημάτων στη λιανική του ΟΤΕ για την τριετία 2012-14 ήταν …, για την ίδια περίοδο ο συνολικός αριθμός αιτημάτων για τις τέσσερις υπό εξέταση λοιπές εταιρείες του κλάδου ήταν …. Παρ όλ’ αυτά, η εν λόγω πρακτική, καίτοι μη σημαντική για την αγορά, κρίνεται ότι πρέπει να συνεκτιμηθεί και να αξιολογηθεί μαζί με τις προαναφερθείσες περιπτώσεις (δηλαδή του ενεργού και ανενεργού βρόχου), αφού συμπληρώνει όλο το εύρος της αντι-ανταγωνιστικής συμπεριφοράς του καταγγελλόμενου, με βάση το περιεχόμενο των εν λόγω καταγγελιών.

102. Στην περίπτωση του Ενεργού βρόχου, η προαναφερθείσα ανάλυση δείχνει ότι οι συνδρομητές λιανικής του ΟΤΕ παραμένουν στο δίκτυό του κατά μέσο όρο μεγαλύτερο χρονικό διάστημα απ’ ότι οι συνδρομητές λιανικής των λοιπών εταιρειών, με υπαιτιότητα ΟΤΕ ως παρόχου υπηρεσιών χονδρικής, με αποτέλεσμα ο ΟΤΕ να καρπούται, για το διάστημα αυτό των επιπλέον ημερών παραμονής στο δίκτυό του, έσοδα από πάγια και τηλεφωνική κίνηση.

103. Στην περίπτωση του Ανενεργού βρόχου το όφελος από τη διαφορά χρόνων μεταξύ λιανικής ΟΤΕ και λοιπών εταιρειών δεν είναι άμεσα χρηματικό για τον ΟΤΕ, αφού δεν υπάρχει ενεργός σύνδεση στη λιανική του, έτσι ώστε να καρπούται έσοδα από την καθυστέρηση μετακίνησης πελατών του από το δίκτυό του. Όμως, υπάρχει καθυστέρηση στην ενεργοποίηση συνδρομητών στο δίκτυο των τρίτων εταιρειών, με αποτέλεσμα να έχουν αυτές καθυστέρηση στην τιμολόγηση παροχής υπηρεσιών κι επομένως είσπραξη εσόδων. Υπό αυτή την έννοια, η αντι-ανταγωνιστική συμπεριφορά του ΟΤΕ, επηρεάζει αρνητικά την εικόνα των ανταγωνιστών του στην αγορά (ότι δηλ. ο ΟΤΕ κάνει πιο γρήγορα συνδέσεις σε σχέση με τους ανταγωνιστές του που «αργούν») και καθυστερεί την αποκόμιση χρηματικού οφέλους από μέρους τους.

104. Στην περίπτωση του Μεριζόμενου βρόχου ισχύουν κατ’ αναλογίαν όσα αναφέρθηκαν στην περίπτωση του Ανενεργού βρόχου, με τη διαφορά ότι στην περίπτωση αυτή καθυστερεί η παροχή πρόσθετης υπηρεσίας προς τις τρίτες εταιρείες και όχι εξ ολοκλήρου νέα σύνδεση.

105. Η εμπλοκή θεμάτων που άπτονται του πλαισίου φορητότητος αριθμών και ο ενδεχόμενος καταλογισμός ευθυνών θα εξεταστεί και θ’ αποτελέσει το αντικείμενο άλλης ακρόασης.

106. Σύνοψη - Αξιολόγηση:

(α) Στην περίπτωση του Ενεργού βρόχου, η επιπλέον διάρκεια παραμονής στο δίκτυό του ΟΤΕ των πελατών του, λόγω της διακριτικής μεταχείρισης του λιανικού του

άκρου, του δίδει τη δυνατότητα τιμολόγησης επιπλέον παγίου και κίνησης εις βάρος των παρόχων, γεγονός που προφανώς ευνοεί την εταιρεία ΟΤΕ.

(β) Στην περίπτωση του Ανενεργού και του Μεριζόμενου βρόχου, η παρελκυστική συμπεριφορά του ΟΤΕ οδηγεί σε καθυστέρηση τιμολόγησης και συνεπώς είσπραξης εσόδων για τις λοιπές εταιρείες του κλάδου, γεγονός που σαφώς επηρεάζει αρνητικά τους ανταγωνιστές του.

(γ) Πάντως και στις τρεις περιπτώσεις (Ενεργού, Ανενεργού και Μεριζόμενου Βρόχου), εκτός από τις προαναφερθείσες ως άνω επιπτώσεις στις εμπλεκόμενες εταιρείες (δηλαδή αύξηση εσόδων για ΟΤΕ (ενεργός) και καθυστέρηση είσπραξης εσόδων από τρίτους (ανενεργός και μεριζόμενος), υπάρχει επιπλέον και η ζημία που προκαλείται στον ανταγωνισμό από την συμπεριφορά του ΟΤΕ ως προς το σκέλος της «φήμης» των ανταγωνιστών του στην αγορά, αφού οι λοιπές εταιρείες του κλάδου εμφανίζονται να είναι λιγότερο αποτελεσματικές στην λειτουργία τους και στην εξυπηρέτηση του καταναλωτικού τους κοινού λόγω των καθυστερήσεων στην έναρξη παροχής υπηρεσιών από πλευράς τους. Αυτό εξάλλου αποτυπώνεται ιδίως στους Δείκτες Ποιότητας των εταιρειών και ιδίως στον χρόνο παροχής αρχικής σύνδεσης. Εξάλλου, η κάθε εταιρεία-πάροχος παρουσιάζει τους Δείκτες Ποιότητας της στην ιστοσελίδα της. Η δε ΕΕΤΤ παρουσιάζει στη δική της ιστοσελίδα περιοδικά και συγκεντρωτικά τους Δείκτες Ποιότητας όλων των εταιρειών-παρόχων, ώστε να προκύπτει εύκολα για τους καταναλωτές η σύγκριση-διαπίστωση των επιδόσεων όλων των εταιρειών για κάθε Δείκτη Ποιότητας.

107. Ως προς τους επιμέρους επαναλαμβανόμενους ισχυρισμούς (επιχειρήματα) του ΟΤΕ, με τους οποίους επιχείρησε να δικαιολογήσει τις όποιες καθυστερήσεις στην παροχή των ΤοΒ απέναντι στους παρόχους, λεκτέα τα κάτωθι:

108. Ως προς τον ισχυρισμό της εταιρείας ΟΤΕ που αφορά στην υποβολή των Προβλέψεων από τους Τ.Π.

109. Η καταγγελλομένη εταιρεία ΟΤΕ υποστηρίζει ότι οι όποιες διαφοροποιήσεις στους χρόνους υλοποίησης μεταξύ χονδρικής και λιανικής υπάρχουν, συνδέονται άμεσα με την υποβολή και τον αριθμό των προβλέψεων από τους παρόχους, επειδή τα αιτήματα των Τ.Π. ξεπερνούσαν τις προβλέψεις που είχαν υποβάλει οι Τ.Π., ήταν περισσότερα από τα αιτήματα λιανικής του ΟΤΕ και ο αριθμός τους παρουσίαζε σημαντικές αποκλίσεις από μέρα σε μέρα.

110. Καταρχήν, να διευκρινιστεί στο σημείο αυτό πως ο ΟΤΕ δεν προσκόμισε ποσοτικά στοιχεία, ανά πάροχο ή ανά αστικό κέντρο ή συνολικά, που να τεκμηριώνουν την υπέρβαση των προβλέψεων που είχαν υποβάλλει οι Τ.Π. Επίσης, δεν υπάρχει εφαρμογή εκ μέρους του ΟΤΕ αντίστοιχης διαδικασίας προβλέψεων, όταν ικανοποιεί αντίστοιχα αιτήματα προερχόμενα από τους λιανικούς πελάτες του, παρόλο που το πλήθος των αιτημάτων του λιανικού του άκρου είναι αντίστοιχου μεγέθους με αυτό των Τ.Π. (Μάλιστα, εάν αθροιστούν το σύνολο των αιτημάτων ενεργού, ανενεργού και μεριζόμενου βρόχου, σε σχέση με το λιανικό άκρο του ΟΤΕ, το τελευταίο υποβάλλει το μεγαλύτερο πλήθος αιτημάτων συνολικά σε σχέση με οποιονδήποτε άλλο Τ.Π.). Αναφορικά με τον ισχυρισμό του ΟΤΕ για τη σημαντική διασπορά του ημερήσιου αριθμού των υποβαλλόμενων αιτημάτων των Τ.Π. και τη βελτίωση της εικόνας με την εισαγωγή της API πρόσβασης από τον Δεκέμβριο του 2013, σημειώνεται ότι η διαφορά στους χρόνους υλοποίησης μεταξύ των αιτημάτων των Τ.Π. και των αιτημάτων του λιανικού άκρου του ΟΤΕ, εξακολουθεί να υπάρχει με όμοια χαρακτηριστικά και κατά το έτος 2014.

111. Ο εν λόγω ισχυρισμός περί της επίδρασης των προβλέψεων και της σημαντικής διασποράς του ημερήσιου αριθμού των υποβαλλόμενων αιτημάτων των Τ.Π. στους χρόνους υλοποίησης της χονδρικής σε σχέση με τους χρόνους υλοποίησης του λιανικού άκρου λοιπόν δεν αληθεύει επ’ ουδενί, αφού εάν η ύπαρξη της σημαντικής διασποράς του ημερήσιου αριθμού των υποβαλλόμενων αιτημάτων των Τ.Π., είτε αυτός ήταν εντός προβλέψεων είτε εκτός προβλέψεων, επηρέαζε τον ΟΤΕ, αυτό θα έπρεπε να αντικατοπτριστεί και στους χρόνους υλοποίησης των αιτημάτων του ΟΤΕ, υπό την έννοια ότι, με βάση τους ισχυρισμούς του ΟΤΕ, σε ημέρες με μικρό αριθμό αιτημάτων, τα αιτήματα αυτά θα έπρεπε να έχουν μικρότερους χρόνους υλοποίησης, ενώ σε ημέρες με μεγάλο αριθμό αιτημάτων, τα αιτήματα αυτά έπρεπε να έχουν μεγαλύτερους χρόνους υλοποίησης. Αυτό θα είχε ως αποτέλεσμα την εμφάνιση σημαντικής διασποράς στον χρόνο υλοποίησης των αιτημάτων των Τ.Π., κάτι που ωστόσο δεν επιβεβαιώνεται από τα υποβληθέντα στοιχεία των Τ.Π. όσο και του ΟΤΕ, καθώς τα στοιχεία αυτά δείχνουν μια μικρή διασπορά στον χρόνο υλοποίησης των αιτημάτων των Τ.Π. Αυτό σημαίνει ότι στην πράξη, ανεξαρτήτως του εάν τα αιτήματα ημερησίως ήταν πολλά ή λίγα, ανεξαρτήτως της διασποράς του ημερήσιου αριθμού αιτημάτων και ανεξαρτήτως του εάν τα αιτήματα ήταν εντός ή εκτός προβλέψεων, η μεγάλη πλειοψηφία των αιτημάτων υλοποιούνταν σε συγκεκριμένη ημέρα από την υποβολή τους. Επίσης, η σταδιακή βελτίωση στους χρόνους υλοποίησης των αιτημάτων των Τ.Π. από το 2012 δεν ισοδυναμεί από μόνη της με συμμόρφωση με την υποχρέωση της μη διακριτικής μεταχείρισης καθώς, ως προαναφέρθηκε, η συμμόρφωση αυτή εξετάζεται και εστιάζει στη διαφορά των χρόνων υλοποίησης μεταξύ των αιτημάτων των Τ.Π. και των αιτημάτων του λιανικού άκρου της ΟΤΕ Α.Ε. και όχι γενικότερα με βάση μόνο την όποια χρονική μεταβολή των χρόνων υλοποίησης των αιτημάτων των Τ.Π..

112. Σε κάθε περίπτωση, η κανονιστική υποχρέωση της ΟΤΕ ΑΕ για τη μη διακριτική μεταχείριση των Τ.Π. έναντι του λιανικού της άκρου, δεν εξαρτάται από την προηγούμενη υποβολή προβλέψεων από τους Τ.Π. και την τήρηση αυτών ούτε από τη σχέση του πλήθους των αιτημάτων των Τ.Π. σε σχέση με τα αιτήματα του λιανικού της άκρου, ούτε από τη διασπορά που τυχόν παρουσιάζει ο ημερήσιος αριθμός υποβαλλόμενων αιτημάτων των Τ.Π. Οι προβλέψεις εντάσσονται στο συνολικό μηχανισμό παροχής από τον ΟΤΕ ενός ελάχιστου επιπέδου υπηρεσίας (Βασικό Επίπεδο Συμφωνιών Υπηρεσιών - Βασικό SLA), με συνακόλουθη πρόβλεψη ποινικών ρητρών για τη μη τήρηση των εκεί προβλεπόμενων χρονοδιαγραμ-

μάτων. Εξάλλου, από μια απλή ανάγνωση της απόφασης της ΕΕΤΤ με ΑΡ.ΑΠ.: 614/013/28-07-2011 (ΦΕΚ 1908/Β΄/ 30-8-2011), προκύπτει ευθέως ότι υφίσταται πλήρης η υποχρέωση της μη διακριτικής μεταχείρισης, ανεξαρτήτως προβλέψεων και σχέσης του πλήθους των αιτημάτων των Τ.Π. σε σχέση με τα αιτήματα του λιανικού του άκρου.

Επιπλέον, σημειώνεται ότι ακόμη και εάν εξετάζονταν ως προς τη συμμόρφωση με την υποχρέωση της μη διακριτικής μεταχείρισης ξεχωριστά τα αιτήματα των Τ.Π. που είναι πέραν του ορίου του 110% των προβλέψεων, πρέπει να προσδιοριστεί ή να συγκεκριμενοποιηθεί καταρχήν ο συντομότερος δυνατός χρόνος υλοποίησης των αιτημάτων αυτών. Ο συντομότερος δυνατός χρόνος, στην συγκεκριμένη περίπτωση της εξέτασης της πρακτικής της διακριτικής μεταχείρισης, λαμβάνοντας υπόψη και το μεγάλο πλήθος των αιτημάτων του λιανικού άκρου της ΟΤΕ Α.Ε. και το γεγονός ότι το άκρο δεν υποβάλει προβλέψεις, πρέπει ευλόγως να είναι ο χρόνος στον οποίο η ΟΤΕ Α.Ε. υλοποιεί τα αιτήματα του λιανικού της άκρου. Επομένως,η εξέταση της μη διακριτικής μεταχείρισης για όλα τα αιτήματα απαιτεί την αυτόματη σύγκριση με τον χρόνο υλοποίησης των αιτημάτων του λιανικού άκρου της ΟΤΕ Α.Ε.

Κατά συνέπεια, η επίκληση από την ΟΤΕ Α.Ε. της «δικαιολογίας» των προβλέψεων για την αιτιολόγηση της μη συμμόρφωσής της με την υποχρέωση της μη διακριτικής μεταχείρισης, δεδομένου ότι το λιανικό της άκρο δεν υποβάλλει προβλέψεις, είναι αδιάφορη για την εξέταση της συμμόρφωσης με την υποχρέωση της μη διακριτικής μεταχείρισης.

113. Αποτελεί λοιπόν εσφαλμένη ερμηνεία από την ΟΤΕ ΑΕ της υποχρέωσής της για μη διακριτική μεταχείριση, η υιοθέτηση του ως άνω «επιχειρήματος» των προβλέψεων, ως μέσου καταστρατήγησης των, εκ του ισχύοντος πλαισίου, ρυθμιστικών της υποχρεώσεων για τη μη διακριτική μεταχείριση των Τ.Π. έναντι του λιανικού της άκρου, σε συνδυασμό με την απουσία εφαρμογής αντίστοιχης διαδικασίας προβλέψεων, όταν ικανοποιεί αιτήματα της χονδρικής της προερχόμενα από αιτήματα λιανικών συνδρομητών της. Ανεξαρτήτως λοιπόν των προβλέψεων, του πλήθους των αιτημάτων του λιανικού άκρου της ΟΤΕ Α.Ε. σε σχέση με το πλήθος των αιτημάτων των Τ.Π. και της διασποράς του ημερήσιου αριθμού υποβαλλόμενων αιτημάτων των Τ.Π., η υποχρέωση της μη διακριτικής μεταχείρισης επιβάλλει οι χρόνοι υλοποίησης των αιτημάτων των Τ.Π. και του λιανικού άκρου της ΟΤΕ Α.Ε. να ακολουθούν την ίδια κατανομή, δηλαδή να έχουν την ίδια μέση τιμή και την ίδια διασπορά (στο εξής, για λόγους απλότητας οι συνθήκες αυτές αναφέρονται ως «ίσοι ή ίδιοι χρόνοι»).

114. Αυτό που συνεπάγεται αντιθέτως, η μη τήρηση των προβλέψεων, είναι η απώλεια της δυνατότητας αναζήτησης των, προβλεπόμενων από το SLA, ποινικών ρητρών, χωρίς όμως το γεγονός αυτό να δικαιολογεί και τη μη τήρηση από την ΟΤΕ Α.Ε. της υποχρέωσης της περί μη διακριτικής μεταχείρισης. Η μη τήρηση της υποχρέωσης της μη διακριτικής μεταχείρισης εκτιμάται με βάση τα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά, βάσει των οποίων αξιολογείται εάν πράγματι ο χρόνος ικανοποίησης των υποβληθέντων αιτημάτων των Τ.Π. ήταν ο ίδιος με τον χρόνο υλοποίησης των αιτημάτων του λιανικού άκρου της ΟΤΕ Α.Ε.. Και βέβαια, αυτή η πληροφορία έχει σημασία όχι μόνο στο πλαίσιο εκτίμησης της συμπεριφοράς της ΟΤΕ ΑΕ, με βάση τις διατάξεις της νομοθεσίας ηλεκτρονικών επικοινωνιών, αλλά και στο πλαίσιο αξιολόγησης της συμπεριφοράς του ΟΤΕ ως προς την τήρηση των κανόνων του ανταγωνισμού και δη την κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης του μέσω της πρακτικής της διακριτικής μεταχείρισης, το οποίο εξετάζεται στη συνέχεια.

115. Ως προς τον ισχυρισμό της εταιρείας ΟΤΕ που αφορά στον φανταστικό αριθμό.

116. Η καταγγελλόμενη εταιρεία ΟΤΕ υποστηρίζει ότι η διαφορά χρόνου μεταξύ χονδρικών και λιανικών υπηρεσιών οφείλεται στο ότι το λιανικό του άκρο δεν «γνώριζε» τον φανταστικό αριθμό του βρόχου.

117. Διευκρινίζεται ότι, ως προς τον ισχυρισμό αυτόν του ΟΤΕ, ο εντοπισμός του φανταστικού αριθμού, αφορά σε διαδικασία συλλογής στοιχείων στο πλαίσιο της προετοιμασίας για την υποβολή του σχετικού αιτήματος που αφορά την κατασκευή του τοπικού βρόχου του συνδρομητή, άρα σε προηγούμενο στάδιο.

118. Διαδικασία συλλογής στοιχείων στο πλαίσιο της προετοιμασίας για την υποβολή του σχετικού αιτήματος που αφορά τον τοπικό βρόχο του συνδρομητή, υλοποιείται τόσο από τον ΟΤΕ όσο και από τους Τ.Π.. Επίσης, λόγοι απόρριψης αιτήσεων προβλέπονται τόσο για τις αιτήσεις που υποβάλλονται από τον ΟΤΕ όσο και για τις αιτήσεις που υποβάλλονται από τους Τ.Π.. Ο χρόνος που απαιτείται να ολοκληρωθεί η διαδικασία συλλογής των απαιτούμενων στοιχείων, αποτελεί πεδίο ανταγωνισμού μεταξύ των παρόχων, εξαρτάται από την αποτελεσματικότητά τους και δεν εξετάζεται στο πλαίσιο της παρούσας ακρόασης. Ο χρόνος που εξετάζεται στο πλαίσιο διερεύνησης της τήρησης ή μη της υποχρέωσης της διακριτικής μεταχείρισης στην παρούσα ακρόαση, έχει να κάνει με την υλοποίηση της κατασκευής του τοπικού βρόχου από τον ΟΤΕ στις περιπτώσεις που αφορούν αιτήματα ΟΤΕ και αιτήματα των Τ.Π.

119. Περαιτέρω, σημειώνεται ότι ο φανταστικός αριθμός του βρόχου αναγράφεται στους λογαριασμούς των συνδρομητών των Τ.Π.. Ο ΟΤΕ λοιπόν έχει τη δυνατότητα να ζητά από τους νέους πελάτες του τον λογαριασμό τους για να εντοπίζει τον φανταστικό αριθμό του υφιστάμενου βρόχου τους. Από τα στοιχεία που αναφέρει ο ΟΤΕ στο Υπόμνημά του (σελ. 11), προκύπτει ότι ήταν μικρό το ποσοστό των αιτήσεων χωρίς φανταστικό αριθμό (…% το 2012, …% το 2013 και …% το 2014). Στις περιπτώσεις που ο ΟΤΕ δεν εντοπίζει τον φανταστικό αριθμό του βρόχου και προβαίνει στη λύση της κατασκευής ανενεργού βρόχου, η διερεύνηση της τήρησης ή μη της υποχρέωσης της διακριτικής μεταχείρισης στην παρούσα ακρόαση γίνεται με την ίδια βάση, δηλαδή εξετάζονται οι χρόνοι υλοποίησης ανενεργών βρόχων μεταξύ ΟΤΕ και Τ.Π.

120. Σε κάθε περίπτωση η υποχρέωση της ΟΤΕ ΑΕ για τη μη διακριτική μεταχείριση των Τ.Π. έναντι του λιανι-

κού της άκρου δεν εξαρτάται από τις ακολουθούμενες διαδικασίες από τους Τ.Π. και την ΟΤΕ Α.Ε. και την ύπαρξη ή όχι τυχόν διαφορών μεταξύ τους. Από το γράμμα και το πνεύμα της απόφασης της ΕΕΤΤ ΑΠ. 614/013/28-07-2011 (ΦΕΚ 1908/Β΄/30-8-2011), προκύπτει ότι υφίσταται πλήρης η υποχρέωση της μη διακριτικής μεταχείρισης των Τ.Π. έναντι του λιανικού του άκρου, ανεξαρτήτως των διαδικασιών που ακολουθούν οι Τ.Π. και ο ΟΤΕ Α.Ε. και της ύπαρξης ή όχι τυχόν διαφορών μεταξύ τους.

121. Σε κάθε περίπτωση αποτελεί εσφαλμένη ερμηνεία από την ΟΤΕ ΑΕ της υποχρέωσής της για μη διακριτική μεταχείριση, η «χρησιμοποίηση» από την ΟΤΕ Α.Ε. των διαφορών μεταξύ των διαδικασιών που ακολουθεί ο ίδιος και οι Τ.Π., ως μέσου καταστρατήγησης των, εκ του ισχύοντος πλαισίου, ρυθμιστικών του υποχρεώσεων για τη μη διακριτική μεταχείριση των Τ.Π. έναντι του λιανικού της άκρου. Ως αναφέρθηκε, η μη τήρηση της υποχρέωσης της μη διακριτικής μεταχείρισης εκτιμάται με βάση τα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά, βάσει των οποίων αξιολογείται εάν πράγματι ο χρόνος ικανοποίησης των υποβληθέντων αιτημάτων των Τ.Π. ήταν ο ίδιος (ως οφείλεται), με τον χρόνο υλοποίησης των αιτημάτων του λιανικού άκρου του ΟΤΕ.

122. Ως προς το επιχείρημα που αφορά στο δικαίωμα υπαναχώρησης συνδρομητή.

123. Σχετικά με τον έτερο ισχυρισμό του ΟΤΕ ότι η διαφοροποίηση στους χρόνους υλοποίησης μεταξύ των αιτημάτων των Τ.Π. και του ΟΤΕ δεν επηρεάζει σε κάθε περίπτωση το δικαίωμα υπαναχώρησης των συνδρομητών, επισημαίνεται και πάλι ότι η τήρηση της υποχρέωσης της μη διακριτικής μεταχείρισης δεν συναρτάται ούτε εξαρτάται από την τήρηση ή/και την άσκηση του δικαιώματος υπαναχώρησης των συνδρομητών. Η τήρηση των δύο υποχρεώσεων εξετάζεται σε κάθε περίπτωση ξεχωριστά. Ειδικότερα, η μη τήρηση της υποχρέωσης της μη διακριτικής μεταχείρισης εκτιμάται με βάση τα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά, βάσει των οποίων αξιολογείται εάν πράγματι ο χρόνος ικανοποίησης των υποβληθέντων αιτημάτων των Τ.Π. ήταν ο ίδιος με τον χρόνο υλοποίησης των αιτημάτων του λιανικού άκρου του ΟΤΕ, όπως έχει προαναφερθεί. Σε κάθε περίπτωση, η διαφοροποίηση των χρόνων υλοποίησης μεταξύ των αιτημάτων των Τ.Π. και των αιτημάτων του λιανικού άκρου του ΟΤΕ δημιουργεί ασυμμετρία στην υπαναχώρηση/ ακύρωση αιτήματος φορητότητας των υποψήφιων πελατών των Τ.Π. και του ΟΤΕ. Επειδή ο χρόνος υλοποίησης αιτήματος είναι μεγαλύτερος για τους Τ.Π. η υπαναχώρηση/ακύρωση αιτήματος φορητότητας στην περίπτωση υποψήφιου πελάτη των Τ.Π. γίνεται χωρίς, στις περισσότερες περιπτώσεις, να απαιτούνται τεχνικές εργασίες για την επανασύνδεση της γραμμής του πελάτη στο δίκτυο που επιθυμεί. Αντίθετα, η υπαναχώρηση στην περίπτωση υποψήφιου πελάτη του ΟΤΕ, ο οποίος, λόγω του μικρότερου χρόνου υλοποίησης έχει σε πολλές περιπτώσεις ήδη συνδεθεί στο δίκτυο του ΟΤΕ, γίνεται με την εκτέλεση τεχνικών εργασιών για την επανασύνδεση της γραμμής του πελάτη στο δίκτυο του Τ.Π. που επιθυμεί, τις οποίες επιβαρύνεται οικονομικά ο Τ.Π., ο δε πελάτης πρέπει να προβεί σε ενέργειες προς τον ΟΤΕ για να αιτηθεί την αποχρέωσή του.

124. Ως προς το επιχείρημα που αφορά στις δυο διαφορετικές διαδικασίες παροχής λιανικής και χονδρικής υπηρεσίας.

125. Σχετικά με τον ισχυρισμό του ΟΤΕ ότι η διαφοροποίηση στους χρόνους υλοποίησης οφείλονται στην ύπαρξη δύο διαφορετικών διαδικασιών (της εταιρείας του), μία για τη λιανική και μία για τη χονδρική, σημειώνεται καταρχήν ότι ο ΟΤΕ δεν παρέχει καμία επεξήγηση γιατί αυτό οδηγεί στην εφαρμογή άνισων όρων στον χρόνο υλοποίησης μεταξύ των αιτημάτων των Τ.Π. και των αιτημάτων του λιανικού του άκρου.

126. Περαιτέρω, ως αναφέρθηκε, η υποχρέωση της ΟΤΕ ΑΕ για τη μη διακριτική μεταχείριση δεν εξαρτάται από τις ακολουθούμενες διαδικασίες χονδρικής και λιανικής και την ύπαρξη ή όχι τυχόν διαφορών μεταξύ τους, που αποτελεί ένα εσωτερικό πάντως ζήτημα της εταιρείας ΟΤΕ, για το οποίο όφειλε σε κάθε περίπτωση η εταιρεία να έχει φροντίσει, προκειμένου για την λειτουργικότητα των εσωτερικών της συστημάτων. Από το γράμμα και το πνεύμα της απόφασης της ΕΕΤΤ ΑΠ. 614/013/28-07-2011 (ΦΕΚ 1908/Β΄/30-8-2011), προκύπτει ότι υφίσταται πλήρης η υποχρέωση της μη διακριτικής μεταχείρισης των Τ.Π. έναντι του λιανικού της άκρου, ανεξαρτήτως της διαδικασίας που εφαρμόζει η ΟΤΕ για την υλοποίηση των αιτημάτων που αφορούν τους Τ.Π. και της διαδικασίας που η ίδια εφαρμόζει για την υλοποίηση των αιτημάτων που αφορούν στο λιανικό της άκρο.

127. Σε κάθε περίπτωση, αποτελεί εσφαλμένη ερμηνεία από την ΟΤΕ ΑΕ της υποχρέωσής της για μη διακριτική μεταχείριση, η χρησιμοποίηση από αυτήν των διαφορών μεταξύ των διαδικασιών χονδρικής και λιανικής, ως μέσου καταστρατήγησης των, εκ του ισχύοντος πλαισίου, ρυθμιστικών του υποχρεώσεων για τη μη διακριτική μεταχείριση των Τ.Π. έναντι του λιανικού της άκρου.

128. Η μη τήρηση της υποχρέωσης της μη διακριτικής μεταχείρισης εκτιμάται με βάση τα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά, βάσει των οποίων αξιολογείται εάν πράγματι ο χρόνος ικανοποίησης των υποβληθέντων αιτημάτων των Τ.Π. ήταν ο ίδιος με τον χρόνο υλοποίησης των αιτημάτων του λιανικού άκρου του ΟΤΕ. Και φυσικά αυτή η πληροφορία έχει σημασία όχι μόνο στο πλαίσιο εκτίμησης της συμπεριφοράς της ΟΤΕ ΑΕ, με βάση τις διατάξεις της νομοθεσίας ηλεκτρονικών επικοινωνιών, αλλά και στο πλαίσιο αξιολόγησης της συμπεριφοράς της ως προς την τήρηση των κανόνων του ανταγωνισμού, το οποίο εξετάζεται στη συνέχεια.

129. Ως προς την αυξητική τάση των παρόχων στην αγορά του ΤοΒ και την ύπαρξη σοβαρής βλάβης στον ανταγωνισμό.

130. Σχετικά με τον επίσης επαναλαμβανόμενο ισχυρισμό του ΟΤΕ ότι δεν υπήρχε καμία βλάβη στον ανταγωνισμό και τους παρόχους, συνεπεία των καθυστερήσεων και της εξεταζόμενης πρακτικής του, λεκτέα τα εξής:

131. Ο ΟΤΕ ισχυρίζεται ότι δεν υπήρχε καμία βλάβη στον ανταγωνισμό συνεπεία των καθυστερήσεων, αλλά ότι αντιθέτως οι πάροχοι παρουσίασαν αυξητικές τάσεις στην αγορά του τοπικού βρόχου κατά το χρονικό διά-

στημα που αποτελεί αντικείμενο εξέτασης της παρούσας ακρόασης. Ως ανωτέρω ήδη διευκρινίστηκε, στο δίκαιο του ανταγωνισμού η στοιχειοθέτηση της παράβασης (της καταχρηστικής εκμετάλλευσης), δεν απαιτεί την απόδειξη της επέλευσης συγκεκριμένου ζημιογόνου αποτελέσματος στην αγορά-ανταγωνιστές, αλλά αρκεί και η ύπαρξη ενδεχόμενου κινδύνου στρέβλωσης του ανταγωνισμού, χωρίς η απόδειξη της ζημίας ν’ αποτελεί προϋπόθεση για τη διαπίστωση της παράβασης. Εν προκειμένω δε, η γενικότερη πρόκληση βλάβης στους ανταγωνιστές του ΟΤΕ, δεν κρίνεται μόνο με βάση την εξέταση της εξέλιξης του αριθμού των αδεσμοποίητων τοπικών βρόχων. Η σχετική αύξηση του αριθμού των βρόχων των ανταγωνιστών του ΟΤΕ, δεν αποκλείει προηγηθείσα πρόκληση βλάβης στους ανταγωνιστές του και την επίτευξη οφέλους στον ίδιο, ως αποτέλεσμα της κατάχρησης της δεσπόζουσας θέσης του. Εξάλλου, ελλείψει της εν λόγω πρακτικής των καθυστερήσεων που επέδειξε, οι πάροχοι μπορεί να επεδείκνυαν πολύ μεγαλύτερη αύξηση του αριθμού των βρόχων τους σε σχέση με αυτήν που διαπιστώθηκε. Σημασία λοιπόν για την εκτίμηση της βλάβης στον ανταγωνισμό δεν έχει αυτή καθεαυτή η αύξηση του αριθμού των βρόχων, αλλά ακόμη και ο έμμεσος ενδεχόμενος περιορισμός του ανταγωνισμού, μέσω και της ελάχιστης βλάβης που επέρχεται στους ανταγωνιστές του με επακόλουθο όφελος στον ίδιο τον ΟΤΕ από την παραβατική συμπεριφορά του, ο οποίος επέχει επιπλέον και την λεγόμενη «ειδική ευθύνη» (special responsibility) να μην βλάπτει (με τις πρακτικές του) τον ήδη περιορισμένο ανταγωνισμό, λόγω της δεσπόζουσας θέσης του. Ακόμη και η ελάχιστη λοιπόν μείωση ή δυσχέρανση του ανταγωνισμού, αποτελεί συνεπώς κατάχρηση, ήτοι παράβαση. Η παραβατική συμπεριφορά του ΟΤΕ είχε ως αποτέλεσμα την επικράτηση άνισων όρων στις διαδικασίες απόκτησης νέων πελατών και διατήρησης των υφιστάμενων πελατών μεταξύ του ΟΤΕ και των ανταγωνιστών του. Ως αποτέλεσμα των άνισων αυτών όρων επήλθε προφανώς βλάβη στους ανταγωνιστές του ΟΤΕ, ιδίως με την απώλεια εσόδων τα οποία δεν θα είχαν εάν ο ΟΤΕ δεν καταχραζόταν τη δεσπόζουσα θέση του, ενώ διαμορφώθηκε στο καταναλωτικό κοινό η αντίληψη ότι δεν έχει την ίδια ταχύτητα και αποτελεσματικότητα η απόκριση τους στα αιτήματα σύνδεσης των καταναλωτών, σε σύγκριση με αυτά του ΟΤΕ.

132. Ειδικότερα, η παραβατική συμπεριφορά του ΟΤΕ είχε ως αποτέλεσμα την παραμονή των συνδρομητών του ως πελατών λιανικής πριν μεταφερθούν σε άλλο δίκτυο, για μεγαλύτερο χρονικό διάστημα από ότι εάν μεταφέρονταν στον ίδιο χρόνο που οι συνδρομητές άλλων παρόχων μεταφέρονται στο δίκτυο του ΟΤΕ. Αυτό είχε ως συνέπεια οι πελάτες αυτοί να χρεώνονται με πάγια και κίνηση τηλεφωνίας των αντίστοιχων επιπλέον ημερών, τα οποία αποτελούν ουσιαστικά έσοδα για τον ΟΤΕ. Αντίστοιχα, προκαλείται καθυστέρηση στην εισροή εσόδων για τους ανταγωνιστές του ΟΤΕ, καθώς η τιμολόγηση των νέων πελατών των ανταγωνιστών ξεκινούσε αργότερα από ότι εάν μεταφέρονταν στον ίδιο χρόνο που οι συνδρομητές άλλων παρόχων μεταφέρονται στο δίκτυο του ΟΤΕ. Από την άλλη πλευρά, η συμπεριφορά αυτή αποστερούσε από τους ανταγωνιστές του ΟΤΕ τη δυνατότητα των εσόδων των επιπλέον ημερών που επεφύλασσε για το λιανικό του άκρο, καθώς προέβαινε στη μεταφορά των συνδρομητών του στο δίκτυό του γρηγορότερα. Επίσης, με τη συμπεριφορά του αυτή δεν προκαλούσε αντίστοιχη καθυστέρηση στην εισροή εσόδων στο λιανικό του άκρο καθώς η τιμολόγηση των πελατών του λιανικού του άκρου ξεκινούσε νωρίτερα από ότι εάν μεταφέρονταν στον ίδιο χρόνο που οι νέοι συνδρομητές των ανταγωνιστών μεταφέρονταν στα δίκτυά τους.

133. Περαιτέρω, η παραβατική συμπεριφορά του ΟΤΕ είχε ως αποτέλεσμα την παροχή περισσότερου χρόνου στο λιανικό άκρο του για να μεταπείσει τους αιτούντες τη μεταφορά σε άλλο δίκτυο συνδρομητές του να παραμείνουν στον ΟΤΕ, με συνέπεια την αύξηση της πιθανότητας επίτευξης του επιδιωκόμενου σκοπού και άρα την αύξηση του ποσοστού ακυρώσεως της αίτησης των συνδρομητών του ΟΤΕ για μεταφορά σε άλλο δίκτυο. Συνέπεια αυτού, δηλαδή της επίτευξης παραμονής επιπλέον συνδρομητών λόγω της διαθεσιμότητας περισσότερου χρόνου στο λιανικό άκρο του, είναι η μη απώλεια υπέρ του ΟΤΕ και σε βάρος των ανταγωνιστών του εσόδων των εν λόγω επιπλέον συνδρομητών λόγω παραμονής τους στο δίκτυό του.

134. Από την άλλη πλευρά, η συμπεριφορά του ΟΤΕ είχε ως αποτέλεσμα την παροχή λιγότερου χρόνου στους ανταγωνιστές του για να μεταπείσουν τους αιτούντες τη μεταφορά σε άλλο δίκτυο συνδρομητές τους να παραμείνουν σε αυτούς, με συνέπεια τη μείωση της πιθανότητας επίτευξης του επιδιωκόμενου σκοπού και άρα τη μείωση του ποσοστού ακυρώσεως της αίτησης των συνδρομητών των ανταγωνιστών του για μεταφορά στο δίκτυο του ΟΤΕ. Σε αυτό συμβάλει και το γεγονός ότι η προθεσμία άσκησης του δικαιώματος ακύρωσης μιας αίτησης φορητότητας είναι τουλάχιστον 3 εργάσιμες ημέρες από την προγραμματισμένη ημερομηνία ενεργοποίησης. Οι συνάπτοντες σύμβαση εντός εμπορικού καταστήματος έχουν μόνο αυτό το δικαίωμα καθώς δεν διαθέτουν το δικαίωμα υπαναχώρησης εντός 14 ημερών που ορίζει η νομοθεσία προστασίας του καταναλωτή. Επομένως, η συμπεριφορά του ΟΤΕ έχει ως αποτέλεσμα την απώλεια του δικαιώματος ακύρωσης της αίτησης φορητότητας τους για όσους από τους εν λόγω συνδρομητές των ανταγωνιστών του ΟΤΕ μεταφέρονται στο δίκτυο του ΟΤΕ εντός τριών εργάσιμων ημερών και επιθυμούσαν να ασκήσουν το δικαίωμα αυτό. Αυτό έχει ως συνέπεια την απόκτηση από τον ΟΤΕ σε βάρος των ανταγωνιστών του των εσόδων που αντιστοιχούν στους συνδρομητές αυτούς, τα οποία δεν θα είχαν εισπραχθεί εάν είχε ασκηθεί το δικαίωμα ακύρωσης της αίτησης φορητότητας.

135. Αναφορικά με τον ισχυρισμό του ΟΤΕ ότι επιτρέπει στους συνδρομητές που επιθυμούν να φύγουν από το δίκτυό του και να επιστρέψουν στα δίκτυα των ανταγωνιστών του, ακόμα και στις περιπτώσεις που η σχετική επιθυμία τους υποβάλλεται εκπροθέσμως και μάλιστα χωρίς να τους επιβάλει χρεώσεις που αντιστοι-

χούν στον χρόνο παραμονής στο δίκτυό τους, σημειώνεται ότι είναι ιδιαίτερη ταλαιπωρία για τους συνδρομητές να επιστρέψουν στο δίκτυο του παρόχου τους, καθώς θα χρειαστεί να προβούν σε νέες επικοινωνίες μαζί του και να υπογράψουν νέα σύμβαση, με αποτέλεσμα να είναι εύλογο να μην προβαίνουν όλοι στις απαιτούμενες διαδικασίες για την επιστροφή τους στον προηγούμενο πάροχο. Ωστόσο, ακόμα και εάν υποτεθεί ότι όλοι οι εν λόγω συνδρομητές επιστρέφουν στον πάροχό τους, οι ανταγωνιστές του ΟΤΕ έχουν απώλεια εσόδων τα οποία αντιστοιχούν στις ημέρες που οι πελάτες τους παρέμειναν στο δίκτυο του ΟΤΕ και επίσης καταβάλλουν στον ΟΤΕ χονδρικά τέλη για την εκ νέου ενεργοποίηση των συνδρομητών στο δίκτυό τους, σύμφωνα με τα εκάστοτε ισχύοντα τιμολόγια της Αδεσμοποίητης Πρόσβασης στον Τοπικό Βρόχο.

136. Τέλος, η παραβατική συμπεριφορά του ΟΤΕ είχε ως αποτέλεσμα τη διαμόρφωση της «καλής φήμης» και αντίληψης στο καταναλωτικό κοινό ότι ο ΟΤΕ πραγματοποιεί νέες συνδέσεις τηλεφωνίας και παρέχει ευρυζωνική σύνδεση «γρηγορότερα» σε σχέση με τους ανταγωνιστές του. Μάλιστα, δεδομένου ότι η συμπεριφορά αυτή παρατηρείται καθόλα τα έτη του υπό εξέταση χρονικού διαστήματος, η αντίληψη αυτή στο καταναλωτικό κοινό τείνει να παγιώνεται. Επιπλέον, η ταχύτητα ικανοποίησης των αιτημάτων σύνδεσης των πελατών αποτελεί ιδιαίτερα σημαντικό κριτήριο για την επιλογή παρόχου, ιδίως για τα αιτήματα για αρχική σύνδεση σε δίκτυο ηλεκτρονικών επικοινωνιών. Τα ανωτέρω έχουν ως συνέπεια τη μείωση της εμπορικής φήμης και του κύρους των ανταγωνιστών του ΟΤΕ στη συνείδηση των καταναλωτών και αντίστοιχα την αύξηση της εμπορικής φήμης και του κύρους του.

Συνεπώς, λαμβάνοντας υπόψη την ανωτέρω ανάλυση για την τήρηση ή όχι των κανονιστικών υποχρεώσεων του ΟΤΕ και δη της νομοθεσίας των Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών, η ΕΕΤΤ καταλήγει πως η καταγγελλομένη εταιρεία παραβίασε τις παραγράφους 4.1.1, 4.1.2, 4.1.3 της ενότητας ΙΙΙ. Κανονιστικές Υποχρεώσεις, (περίπτωση 4) Υποχρέωση Αμεροληψίας (Μη διακριτικής μεταχείρισης) της ΑΠ ΕΕΤΤ 614/013/28-07-2011, (ΦΕΚ 1908/Β΄/30-8-2011), καθώς και το Παράρτημα 4, Κεφάλαιο 4.5.1 της Προσφοράς Αναφοράς ΑΠΤΒ RUO 2012 (ΑΠ ΕΕΤΤ 675/09/11-12-2012 - ΦΕΚ 3402/Β΄/ 20-12-2012), ως ισχύει τροποποιηθείσα με τις ΑΠ. 685/17/ 06-03-2013 και ΑΠ. 748/08/2015, σύμφωνα με τα αναλυτικά αναφερόμενα ανωτέρω κατά τα έτη 2012-2014. Ήτοι η παραβατική συμπεριφορά άρχισε εν προκειμένω υπό το νομικό πλαίσιο του ν. 3431/2006 (που ίσχυε έως και τις 10 Απριλίου 2012) και συνεχίσθηκε υπό το νομικό καθεστώς του ν. 4070/2012, όπου αφορά επί της ουσίας και το μεγαλύτερο μέρος αυτής. Το γεγονός αυτό εξουσιοδοτεί την ΕΕΤΤ να εφαρμόσει το άρθρο 77 του ν. 4070/2012 (καθώς και το άρθρο 63 του ν. 3431/2006 για το προηγούμενο διάστημα) με τίτλο «Διοικητικές Κυρώσεις» και να επιβάλλει την κατάλληλη κύρωση στην παραβάτιδα εταιρεία, λαμβάνοντας υπόψη το γεγονός ότι η επιχείρηση είναι ήδη υπότροπη σε θέματα τήρησης των κανονιστικών της υποχρεώσεων.

4. ΔΙΚΑΙΟ ΤΟΥ ΕΛΕΥΘΕΡΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ-

Ι. Νομικό πλαίσιο - ν. 3959/2011 - Άρθρο 102 ΣΛΕΕ

α. Εφαρμοστέες διατάξεις ν. 3959/2011

137. Οι βασικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή της απαγορευτικής διάταξης του άρθρου 2 του ν. 3959/2011 είναι: (α) Η κατοχή δεσπόζουσας θέσης από επιχείρηση στο σύνολο ή μέρος της αγοράς, και (β) η καταχρηστική εκμετάλλευση αυτής. Αντίστοιχες είναι και οι βασικές προϋποθέσεις που τάσσονται από τον ενωσιακό νομοθέτη για την εφαρμογή του άρθρ. 102 ΣΛΕΕ.

138. Ειδικότερα, η εφαρμογή του άρθρου 2 του ν. 3959/2011 (και αντίστοιχα του άρθρου 102 ΣΛΕΕ), προϋποθέτει την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης, καθώς και την αιτιώδη συνάφεια μεταξύ της εν λόγω δεσπόζουσας θέσης και της όποιας μορφής καταχρηστικής συμπεριφοράς.

β. Έννοια της «επιχείρησης»

139. Για τους σκοπούς του άρθρ. 2 του ν. 3959/2011, ως «επιχείρηση» νοείται κάθε Φυσικό Πρόσωπο ή οικονομική ενότητα που ασκεί εμπορική ή άλλη οικονομική δραστηριότητα, ανεξάρτητα από το νομικό καθεστώς του και από τον τρόπο χρηματοδότησής του[3].

140. Η ύπαρξη επιχείρησης προϋποθέτει αυτονομία οικονομικής δράσης και, συνακόλουθα, πλήρη ανάληψη των οικονομικών κινδύνων που συνεπάγεται η εκάστοτε οικονομική δραστηριότητα[4]. Ως οικονομική δραστηριότητα νοείται κάθε δραστηριότητα προσφοράς αγαθών ή υπηρεσιών σε δεδομένη αγορά[5].

141. Ο λειτουργικός ορισμός της επιχείρησης συνεπάγεται την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού πάντοτε, όταν ασκείται μία οικονομική δραστηριότητα, ανεξάρτητα από τον τρόπο οργάνωσης και τον χαρακτήρα της επιχείρησης, ως Νομικού Προσώπου Δημοσίου ή Ιδιωτικού Δικαίου[6]. Ακόμη και μία διεύθυνση ταχυδρομείου, η οποία δεν διαθέτει νομική προσωπικότητα και είναι μέρος της γενικής κρατικής διοίκησης, συνιστά επιχείρηση με την έννοια των κανόνων ανταγωνισμού[7].

142. Ενόψει των παραπάνω, η καταγγελλομένη εταιρεία ΟΤΕ, διεξάγει οικονομική δραστηριότητα και, ως εκ

3 Βλ. ενδεικτικά αποφάσεις ΔΕΕ υπόθ. C-244/94, Federation Francaise des Societes d’ Assurance κ.α. κατά Ministere de l’ Agriculture et de la Peche, Συλλογή 1995, σελ. Ι-4013, σκ.14, υπόθ. C-55/96, Job Centre coop.arl, Συλλογή 1997, σελ. Ι-7119, σκ.21, υπόθ. C-180-184/98, Pavel Pavlov κ.α. κατά Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, Συλλογή 2000, σελ. Ι-6451, σκ.74.

4 ΔΕΕ υπόθ. C-180-184/98, Pavel Pavlov κ.α. κατά Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, Συλλογή 2000, σελ. Ι-6451, σκ.76-77.

5 Βλ. ενδεικτικά αποφάσεις ΔΕΕ υπόθ. C-118/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1987, σελ.2599, σκ. 7, υπόθ. C-35/96, Επιτροπή κατά Ιταλίας (CNSD), Συλλογή 1998, σελ. 3851, σκ.36.

6 ΔΕΕ υπόθ. C-41/90, Höfner und Elser, Συλλογή 1991, σελ.Ι-1979, σκ.21, Ευρ. Επιτροπή απόφ. της 20ης.03.2001 (COMP/35.141) ΕΕ, αριθμ. L 125 της 05ης.05.2001, σελ.27, αριθμ. 25 – UPS und Deutsche Post AG.

7 Ευρ. Επιτροπή απόφ. της 01ης.08.1990 (90/456/ΕΟΚ) ΕΕ, αριθμ. L 233 της 28ης .08.1990, σελ.19, αριθμ. 5 επ. – Internationale Eilkurierdienstleistungen in Spanien.

τούτου, συνιστά επιχείρηση, κατά την έννοια των διατάξεων περί ελεύθερου ανταγωνισμού.

γ. Η έννοια της δεσπόζουσας θέσης επιχείρησης

143. Κατά την έννοια του άρθρου 2 του ν. 3959/2011 (καθώς και του άρθρου 102 ΣΛΕΕ), μία επιχείρηση θεωρείται ότι έχει δεσπόζουσα θέση, όταν κατέχει θέση οικονομικής ισχύος η οποία της παρέχει τη δυνατότητα να εμποδίσει τη διατήρηση αποτελεσματικού ανταγωνισμού επί της σχετικής αγοράς, και της επιτρέπει να συμπεριφέρεται, σε σημαντικό βαθμό, ανεξάρτητα από τους ανταγωνιστές της και τους πελάτες της και, εν τέλει, από τους καταναλωτές[8]. Σημασία δεν έχει η πραγματική παρακώλυση του ανταγωνισμού, αλλά η αντικειμενική δυνατότητα μίας τέτοιας παρακώλυσης. Περαιτέρω, η έννοια της ανεξάρτητης συμπεριφοράς συνδέεται με τον βαθμό της ανταγωνιστικής πίεσης που ασκείται στη συγκεκριμένη επιχείρηση. Η δεσπόζουσα θέση υποδηλώνει ότι οι ανταγωνιστικές αυτές πιέσεις δεν είναι επαρκώς αποτελεσματικές και, κατά συνέπεια, η σχετική επιχείρηση διαθέτει σημαντική ισχύ στην αγορά, κατά τρόπο που οι αποφάσεις της δεν επηρεάζονται αισθητά από τις ενέργειες ή/και τις αντιδράσεις των ανταγωνιστών, των πελατών και, σε τελική ανάλυση, των καταναλωτών.

144. Μια δεσπόζουσα θέση είναι αποτέλεσμα του συνδυασμού διαφόρων παραγόντων, οι οποίοι, εάν εξετασθούν χωριστά, μπορεί να μην έχουν αναγκαστικά καθοριστική σημασία[9]. Για την εκτίμηση της δεσπόζουσας θέσης, λαμβάνεται υπόψη η ανταγωνιστική διάρθρωση της σχετικής αγοράς, και, ιδίως, οι ακόλουθοι παράγοντες: (α) τυχόν περιορισμοί, ως προς τους πραγματικούς ανταγωνιστές και τη θέση τους στην αγορά (θέση στην αγορά της δεσπόζουσας επιχείρησης και των ανταγωνιστών της), (β) τυχόν περιορισμοί που επιβάλλονται, λόγω πειστικής απειλής μελλοντικής επέκτασης των πραγματικών ανταγωνιστών ή της εισόδου δυνητικών ανταγωνιστών (εμπόδια εισόδου, επέκταση και είσοδος ανταγωνιστών) και (γ) τυχόν περιορισμοί που επιβάλλονται, λόγω της διαπραγματευτικής ισχύος των πελατών της επιχείρησης (αντισταθμιστική ισχύς αγοραστών).

145. Θα πρέπει να επισημανθεί, ωστόσο, ότι, αντιθέτως, η οικονομική ισχύς των επιχειρήσεων δεν υπολογίζεται, βάσει της αποδοτικότητας ή της κερδοφορίας τους. Κατ’ επέκταση, τυχόν μειωμένα περιθώρια κέρδους ή ακόμη και παροδικές ζημίες δεν είναι ασυμβίβαστες με την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης[10].

146. Κατά πάγια νομολογία, πολύ υψηλά μερίδια αγοράς αποτελούν αυτοτελώς, με την εξαίρεση εκτάκτων περιστάσεων, απόδειξη ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης[11]. Για παράδειγμα, έχει κριθεί ότι μερίδια αγοράς που υπερβαίνουν το εβδομήντα πέντε τοις εκατό (75%), για χρονικό διάστημα τριών (3) ετών, είναι τόσο υψηλά, ώστε να συνιστούν, καθ’ εαυτά, τεκμήριο για την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης[12]. Συναφώς, μερίδιο αγοράς ανώτερο του πενήντα τοις εκατό (50%), για διάστημα τριών (3) ετών, αποτελεί, μαχητό τεκμήριο για την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης στην οικεία αγορά [13]. Εξάλλου, μεταξύ των ενδείξεων που συνεκτιμώνται ιδιαίτερη σημασία αποδίδεται στο τμήμα της αγοράς που κατέχουν οι ανταγωνιστές της επιχείρησης, διότι τούτο επιτρέπει την εκτίμηση της ανταγωνιστικής τους ικανότητας και συνακόλουθα των πιέσεων που αυτή δέχεται στην αγορά. Κατά πάγια νομολογία, στην περίπτωση που το μερίδιο αγοράς μιας επιχείρησης είναι κατά πολύ μεγαλύτερο, είτε σε σχέση με το επιμέρους μερίδιο του πλησιέστερου των ανταγωνιστών της, είτε σε σχέση με τα μερίδια των πλησιέστερων ανταγωνιστών της αθροιζόμενα, τότε οι μεγάλες αυτές αποκλίσεις αποτελούν ένδειξη κατοχής δεσπόζουσας θέσης, ακόμη και όταν η επιχείρηση που ελέγχεται δεν διαθέτει συντριπτικά μερίδια αγοράς. Σε αντίθετη περίπτωση, δεν υφίστανται επαρκείς ενδείξεις για την πιθανολόγηση κατοχής δεσπόζουσας θέσης.

δ. Η ιδιαίτερη ευθύνη της κατέχουσας δεσπόζουσα θέση επιχείρησης

147. Η διαπίστωση της ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης, αυτή καθ’ εαυτή, δεν συνιστά μομφή εναντίον της επιχείρησης αυτής και, εν προκειμένω, της καταγγέλλουσας εταιρείας[14]. Συγκεκριμένα, το άρθρ. 2 του ν. 3959/2011 (καθώς και το άρθρο 102 ΣΛΕΕ) ουδόλως αποσκοπεί στο να εμποδίσει μια επιχείρηση να κατακτά με τις δικές της ικανότητες, δεσπόζουσα θέση σε μια αγορά[15]. Η διάταξη αυτή, όμως, δεν αποσκοπεί, επίσης, στο να εξασφαλίσει ότι θα παραμείνουν στην αγορά οι λιγότερο αποτελεσματικοί ανταγωνιστές της επιχειρήσεως που κατέχει δεσπόζουσα θέση.

8 Βλ. ενδεικτικά αποφάσεις ΔΕΕ 27/76, United Brands κατά Επιτροπής, Συλλογή 1978, σελ. 207 σκ. 65, ΔΕΕ 85/76, Hoffmann – La Roche κατά Επιτροπής, Συλλογή 1979, σελ. 461, σκ. 38-39 και ΔΕΕ 322/81, Michelin κατά Επιτροπής (Michelin I), Συλλογή 1983, σελ. 3461, σκ.57.

9 Βλ. ενδεικτικά ΔΕφΑθ 2265/2010, σκ. 29-30 και ΔΕφΑθ 2116/2004, σκ.7, καθώς και αποφάσεις ΔΕΕ 27/76, United Brands κατά Επιτροπής, Συλλογή 1978, σελ. 207, σκ.65-66, ΔΕΕ C-250/92, Gottrup – Klim κατά Dansk Landbrugs Grovvareselskab, Συλλογή 1994, σελ. I-5641, σκ.47, και ΓενΔΕΕ Τ-30/89, Hilti κατά Επιτροπής, Συλλογή 1991, σελ. II-1439, σκ.90.

10 Βλ. ενδεικτικά αποφάσεις ΔΕΕ 27/76, United Brands κατά Επιτροπής, Συλλογή 1978, σελ. 207, σκ. 126, ΔΕΕ 322/81, Michelin κατά Επιτροπής (Michelin I), Συλλογή 1983, σελ. 3461, σκ. 59 και ΓενΔΕΕ Τ-228/97, Irish Sugar Plc κατά Επιτροπής, Συλλογή 1999, σελ. II-2969, σκ. 102-103.

11 Βλ. ενδεικτικά ΔΕφΑθ 2265/2010 ,σκ. 29-30 και ΔΕφΑθ 2116/2004, σκ.7, καθώς και αποφάσεις ΔΕΕ 85/76, Hoffmann – La Roche κατά Επιτροπής, συλλογή 1979, σελ. 461, σκ. 41, ΓενΔΕΕ Τ-228/97, Irish Sugar Plc κατά Επιτροπής, Συλλογή 1999, σελ. II- 2969, σκ. 70, ΓενΔΕΕ Τ-83/91, Tetra Pak κατά Επιτροπής (Tetra Pak II), Συλλογή 1994, σελ. II-755, σκ. 109 και ΓενΔΕΕ Τ-30/89, Hilti κατά Επιτροπής, Συλλογή 1991, σελ.II-1439, σκ.91.

12 Βλ. ενδεικτικά απόφαση ΔΕΕ 85/76, Hoffmann – La Roche κατά Επιτροπής, Συλλογή 1979, σελ. 461, σκ. 56 και 60, καθώς και ΓενΔΕΕ Τ-30/89, Hilti κατά Επιτροπής, Συλλογή 1991, σελ. II-1439, σκ.89.

13 Βλ. ενδεικτικά απόφαση ΔΕΕ C-62/86, AKZO κατά Επιτροπής, Συλλογή 1991, σελ. I-3359, σκ. 60.

14 Βλ. απόφαση της 09ης.11.1983 υπόθ. 322/81, Nederlandsche Banden – Industrie – Michelin κατά Επιτροπής, Συλλογή 1983, σελ. 341, σκ.7, καθώς και της 16ης.03.2000 C-395/96P, C-396/96P, Compagnie maritime belge transports κ.τ.λ.. κατά Επιτροπής, Συλλογή 2000, σελ. I-1365, σκ.37.

15 Βλ., ιδίως, απόφαση TeliaSonera, προπαρατεθείσα σκ. 24.

148. Η κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση, ανεξάρτητα από τα αίτια δημιουργίας τέτοιας θέσης, σύμφωνα με πάγια νομολογία, φέρει ιδιαίτερη ευθύνη να μην βλάπτει, με τη συμπεριφορά της, την ύπαρξη πραγματικού και ανόθευτου ανταγωνισμού στη σχετική αγορά[16].

149. Όταν η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης αποτελεί συνέπεια πρώην νόμιμου μονοπωλίου, το γεγονός αυτό πρέπει να λαμβάνεται υπόψη[17].

150. Περαιτέρω, όπως προκύπτει από τη φύση των επιβαλλομένων με το άρθρο 2 του ν. 3959/2011 (καθώς και το άρθρο 102 ΣΛΕΕ) υποχρεώσεων, οι κατέχουσες δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεις, ενδέχεται να στερηθούν του δικαιώματος υιοθέτησης συμπεριφοράς ή λήψης μέτρων που τυχόν αποτελούν τρέχουσα (συνήθη) πρακτική εντός της σχετικής αγοράς ή μέτρων μη συνεπαγομένων, αφ’ εαυτών, κατάχρηση, ακόμη δε και μη καταδικαστέων, εάν είχαν υιοθετηθεί ή ληφθεί από επιχειρήσεις που δεν κατέχουν δεσπόζουσα θέση. Συναφώς, η σύναψη σύμβασης ή η κτήση δικαιώματος δύναται, επίσης, να συνιστούν κατάχρηση, κατά την έννοια του άρθρου 2 του ν. 3959/2011 (καθώς και του άρθρου 102 ΣΛΕΕ), εάν προέρχονται από επιχείρηση κατέχουσα δεσπόζουσα θέση[18].

ε. Η έννοια της καταχρηστικής εκμετάλλευσης δεσπόζουσας θέσης

151. Οι διατάξεις του άρθρ. 2 του ν. 3959/2011 (καθώς και του άρθρου 102 ΣΛΕΕ) δεν απαγορεύουν την κατοχή ή απόκτηση της δεσπόζουσας θέσης, αλλά την καταχρηστική εκμετάλλευση αυτής. Η έννοια της τελευταίας δεν ορίζεται στις ως άνω διατάξεις, οι οποίες περιορίζονται στην ενδεικτική απαρίθμηση ορισμένων μορφών κατάχρησης από επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση, η οποία απαγορεύεται ρητώς από τον νόμο. Σκοπός, όμως, των διατάξεων αυτών είναι, αφενός, η προστασία του συστήματος της ελεύθερης αγοράς και αφετέρου, η προστασία της οικονομικής ελευθερίας των τρίτων[19]. Ειδικότερα, οι σχετικές διατάξεις δεν στοχεύουν μόνον στην πρόληψη πρακτικών οι οποίες δύνανται να προκαλέσουν βλάβη σε πελάτες, κατά άμεσο τρόπο, αλλά και στην πρόληψη πρακτικών που είναι επιζήμιες για αυτούς, λόγω των επιπτώσεών τους στην ανταγωνιστική διάρθρωση της αγοράς, και οι οποίες, βραχυπρόθεσμα, μπορεί ακόμη και να εμφανίζεται ότι συνεπάγονται ορισμένα πλεονεκτήματα για τους πελάτες. Πρακτικές αποκλεισμού οι οποίες αποσκοπούν στο να εμποδίσουν την πρόσβαση σε πελάτες και να παρεμποδίσουν, κατ’ αυτόν τον τρόπο, τον υφιστάμενο ανταγωνισμό ή την ανάπτυξη νέου ανταγωνισμού, έχουν πολλάκις χαρακτηριστεί, ως κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης, από τα ευρωπαϊκά δικαστήρια[20].

152. Η έννοια της καταχρηστικής εκμετάλλευσης έχει αντικειμενικό χαρακτήρα, καταλαμβάνει δε τη συμπεριφορά δεσπόζουσας επιχείρησης η οποία είναι σε θέση να επηρεάσει τη δομή μιας αγοράς, όπου, λόγω ακριβώς της ύπαρξης της συγκεκριμένης επιχειρήσεως, ο βαθμός του ανταγωνισμού είναι ήδη μειωμένος και η οποία έχει, ως συνέπεια, την παρεμπόδιση της διατήρησης του, υφισταμένου ακόμη στην αγορά, επιπέδου ανταγωνισμού ή της ανάπτυξής του, με την προσφυγή σε μέσα διαφορετικά εκείνων που διέπουν τον φυσιολογικό ανταγωνισμό επί των προϊόντων ή υπηρεσιών, βάσει των παροχών των επιχειρηματιών[21].

153. Ως εκ τούτου, η συμπεριφορά μιας επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση δύναται να θεωρηθεί καταχρηστική, ανεξάρτητα από την υπαιτιότητα ή μη της δεσπόζουσας επιχείρησης[22].

154. Θα πρέπει να επισημανθεί ότι αρκεί η συμπεριφορά αυτή να τείνει να περιορίσει τον ανταγωνισμό, ή, με άλλα λόγια, να είναι ικανή ή να ενδέχεται να φέρει τέτοιο αποτέλεσμα. Στο πλαίσιο αυτό, για τη στοιχειοθέτηση της παράβασης του άρθρου 2 του ν. 3959/2011 (καθώς και του άρθρου 102 ΣΛΕΕ) δεν είναι αναγκαίο να αποδειχθεί ότι η καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης επιχείρησης επέφερε συγκεκριμένο αποτέλεσμα (ή ζημία) στις οικείες αγορές, αλλά αρκεί να αποδειχθεί ότι η καταχρηστική συμπεριφορά της τείνει να περιορίσει τον ανταγωνισμό, δηλαδή, ότι αυτή ενδέχεται να έχει τέτοιο αποτέλεσμα, ανεξαρτήτως του εάν αυτό δεν επήλθε τελικά[23].

155. Το άρθρο 2 του ν. 3959/2011 (καθώς και το άρθρο 102 ΣΛΕΕ) καλύπτει, ειδικότερα, τη συμπεριφορά επι-

16 Βλ. ενδεικτικά αποφάσεις ΔΕΕ C-322/81, Michelin κατά Επιτροπής, Συλλογή 1983, σελ. 3461, σκ.70, ΓενΔΕΕ T-65/89, BPB Industries Plc & British Gypsum Ltd κατά Επιτροπής, Συλλογή 1993, σελ. II-389, σκ. 67, ΓενΔΕΕ T-83/91, Tetra Pak κατά Επιτροπής (Tetra Pak II), Συλλογή 1994, σελ. II-755, σκ. 113-114, ΓενΔΕΕ T-219/99, British Airways plc κατά Επιτροπής, Συλλογή 2003, σελ. II-5917, σκ. 242, C-202/07 P France Telecom κατά Επιτροπής, Συλλογή 2009, σελ. I-2369, σκ. 105.

17 ΔΕΕ απόφ. της 27ης.03.2012 C-209/10, Post Danmark A/S κατά Konkurrenceradet, αδημ., σκ.23.

18 Βλ. σχετικά αποφάσεις ΓενΔΕΕ T-111/96 ITT, Promedia κατά Επιτροπής, Συλλογή 1998, σελ. II-2937, σκ.139, ΓενΔΕΕ T-65/98, Van den Bergh Foods κατά Επιτροπής, Συλλογή 2003, σελ. II-4653, σκ.159, ΓενΔΕΕ T-191/98, Atlantic Container Line (TACA), Συλλογή 2003, σελ. II-3275, σκ. 1124-1125 και ΔΕΕ C-322/81, Michelin κατά Επιτροπής Συλλογή 1983, σελ. 3461, σκ. 57.

19 Βλ. ενδεικτικά ΔΕφΑθ 2116/2004, σκ. 8 και νομολογία στην οποία παραπέμπει.

20 Βλ. ΔΕΕ απόφ. της 17ης.02.2011, υπόθ. C-52/09, TeliaSonera, Συλλογή 2011, σελ.I-527, σκ.24 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία.

21 Βλ. ενδεικτικά ΔΕφΑθ 2265/2010, σκ. 34 και ΔΕφΑθ 2116/2004, σκ. 8, καθώς και αποφάσεις ΔΕΕ C-85/76, Hoffmann – La Roche κατά Επιτροπής, Συλλογή 1979, σελ. 461, σκ. 91, ΔΕΕ C-322/81, Michelin κατά Επιτροπής, Συλλογή 1983, σελ. 3461, σκ. 70, ΔΕΕ C-62/86, AKZO κατά Επιτροπής, Συλλογή 1991, σελ. I-3359, σκ. 69, ΓενΔΕΕ T – 65/89, BPB Industries Plc & British Gypsum Ltd κατά Επιτροπής, Συλλογή 1993, σελ. II-389, σκ. 67, ΓενΔΕΕ T – 219/99, British Airways plc κατά Επιτροπής, Συλλογή 2003, σελ. II-5917, σκ. 241.

22 Βλ. αποφάσεις , ΓενΔΕΕ T – 219/99, British Airways plc κατά Επιτροπής, Συλλογή 2003, σελ. II-5917, σκ. 243, ΓενΔΕΕ T – 65/89 BPB Industries Plc & British Gypsum Ltd κατά Επιτροπής Συλλογή 1993, σελ. II-389, σκ. 69-70.

23 Βλ. ενδεικτικά ΔΕφΑθ 2116/2004, σκ.8, καθώς και αποφάσεις ΓενΔΕΕ T-203/01, Michelin κατά Επιτροπής (Michelin II), Συλλογή 2003, σελ. II-4071, σκ. 239 και ΓενΔΕΕ T-219/99, British Airways plc κατά Επιτροπής, Συλλογή 2003, σελ. II-5917, σκ. 250, 293, 297.

χειρήσεως που κατέχει δεσπόζουσα θέση η οποία έχει, ως αποτέλεσμα, επί ζημία των καταναλωτών, την παρακώλυση της διατήρησης του υφισταμένου στην αγορά ανταγωνισμού ή την ανάπτυξή του, λόγω της χρησιμοποιήσεως διαφορετικών μέσων από εκείνα που διέπουν τον κανονικό ανταγωνισμό, μεταξύ των προσφερομένων από τους επιχειρηματίες προϊόντων ή υπηρεσιών[24].

156. Κατά συνέπεια, το άρθρο 2 του ν. 3959/2011 απαγορεύει, μεταξύ άλλων, σε κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση να εφαρμόζει πολιτική που οδηγεί σε εκτόπιση των εξίσου αποτελεσματικών με αυτήν ανταγωνιστών της, και να ενισχύει, κατ’ αυτόν τον τρόπο, τη δεσπόζουσα θέση της, καταφεύγοντας σε άλλα μέσα, εκτός από εκείνα που εντάσσονται στο πλαίσιο του υγιούς ανταγωνισμού. Υπό την προοπτική αυτή, δεν δύναται, επομένως, να θεωρηθεί θεμιτός κάθε ανταγωνισμός μέσω των τιμών[25].

157. Οι ως άνω παραδοχές επιβεβαιώνονται και από τις «Κατευθύνσεις σχετικά με τις προτεραιότητες της Επιτροπής κατά τον έλεγχο της εφαρμογής του άρθρου 82 της συνθήκης ΕΚ σε καταχρηστικές συμπεριφορές αποκλεισμού που υιοθετούν δεσπόζουσες επιχειρήσεις»[26].

ΙΙ. Οριοθέτηση σχετικών αγορών

α. Σχετική αγορά-ές υπηρεσιών

158. Με τον ορισμό της σχετικής αγοράς προσδιορίζονται τα όρια, εντός των οποίων ασκείται ο ανταγωνισμός μεταξύ επιχειρήσεων. Ο ορισμός αυτός επιτρέπει τον καθορισμό του πλαισίου, εντός του οποίου εφαρμόζεται η εθνική και ενωσιακή πολιτική του ανταγωνισμού. Βασικός στόχος είναι ο συστηματικός εντοπισμός των περιορισμών εκείνων που υφίσταται ο ανταγωνισμός, στον οποίο υπόκεινται οι εμπλεκόμενες επιχειρήσεις. Ο ορισμός μίας αγοράς, τόσο όσον αφορά στα προϊόντα (υπηρεσίες), όσο και τη γεωγραφική διάστασή της, έχει, ως στόχο, τον προσδιορισμό των πραγματικών ανταγωνιστών, οι οποίοι είναι σε θέση να επηρεάσουν τη συμπεριφορά των εμπλεκομένων επιχειρήσεων και να τις εμποδίσουν να ενεργούν ανεξάρτητα από τις πιέσεις που επιβάλλει ο πραγματικός ανταγωνισμός.

159. Κατά πάγια πρακτική και νομολογία, η σχετική αγορά προϊόντων περιλαμβάνει το σύνολο των προϊόντων ή υπηρεσιών που θεωρούνται από τον καταναλωτή εναλλάξιμα ή δυνάμενα να υποκατασταθούν μεταξύ τους, λόγω των χαρακτηριστικών τους, της τιμής τους ή της σκοπούμενης χρήσης τους[27].

160. Από οικονομική άποψη, για τον καθορισμό της αγοράς του σχετικού προϊόντος (υπηρεσίας), η υποκατάσταση, από την πλευρά της ζήτησης, αποτελεί το πλέον άμεσο και αποτελεσματικό μέσο ελέγχου των προμηθευτών ενός δεδομένου προϊόντος (υπηρεσίας), ιδίως, όσον αφορά στις αποφάσεις τους για τον καθορισμό των τιμών. Από την άλλη πλευρά, οι περιορισμοί που προκύπτουν, αναφορικά με τη δυνατότητα υποκατάστασης, από την πλευρά της προσφοράς, είναι, κατά κανόνα, λιγότερο άμεσοι και απαιτούν την ανάλυση και άλλων παραγόντων και, ως εκ τούτου, λαμβάνονται πρωτίστως υπόψη σε μεταγενέστερο στάδιο (δηλαδή, στο στάδιο της ουσιαστικής αξιολόγησης, από την άποψη του ανταγωνισμού)[28]. Είναι προφανές λοιπόν ότι οι καταναλωτές είναι πιο πιθανό να στραφούν, ως εναλλακτική επιλογή, σε εκείνα τα προϊόντα που εμφανίζουν τις περισσότερες ομοιότητες με την αρχική τους επιλογή. Ως εκ τούτου, τα αντικειμενικά χαρακτηριστικά έχουν βαρύνουσα σημασία κατά την εξέταση του βαθμού υποκατάστασης από την πλευρά της ζήτησης, αλλά και της πραγματικής οικονομικής δύναμης της οικείας επιχείρησης στην αγορά. Για το λόγο αυτό, άλλωστε, συνιστούν βασικό παράγοντα στο πλαίσιο οριοθέτησης της σχετικής αγοράς, κατά πάγια πρακτική και νομολογία [βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ C-333/94 P, Tetra Pak κατά Επιτροπής, Συλλ. [1996], σελ. I-5951, σκ. 10, καθώς και Ανακοίνωση της Επιτροπής για τον ορισμό της σχετικής αγοράς (97/C 372/03), σημ. 7 και σχετική νομοθεσία στην οποία παραπέμπει]. (βλ. σελ. 34 απόφαση ΕΠΑΝΤ 520/2011 ΤΣΑΚΙΡΗΣ).

161. Κατά πάγια πρακτική και νομολογία, η οριοθέτηση της σχετικής αγοράς κάθε υπόθεσης βασίζεται σε μια πολύπλευρη προσέγγιση, λαμβανομένων υπόψη όλων των διαθέσιμων στοιχείων και αποδεικτικών μέσων που μπορεί να είναι χρήσιμα για την εκτίμηση της συγκεκριμένης περίπτωσης. Το ευρύ αυτό φάσμα στοιχείων δεν είναι ούτε προκαθορισμένο, ούτε εξαντλητικό, ούτε και δεσμευτικό. Σε κάποιες περιπτώσεις, ορισμένα στοιχεία μπορεί να έχουν καθοριστική σημασία για τον προσδιορισμό του βαθμού υποκατάστασης από την πλευρά της ζήτησης και της προσφοράς, λαμβανομένων ιδίως υπόψη των χαρακτηριστικών και των ιδιομορφιών του υπό εξέταση τομέα και προϊόντων ή υπηρεσιών · ωστόσο, σε άλλες περιπτώσεις, τα ίδια αυτά στοιχεία μπορεί να μην αξιολογούνται ως σημαντικά. Επομένως, η εκάστοτε αρχή ανταγωνισμού δεν χρησιμοποιεί, ούτε και δεσμεύεται να χρησιμοποιεί, αυστηρά μια σειρά πηγών πληροφοριών ή αποδεικτικών στοιχείων προκειμένου να προσδιορίσει τη σχετική αγορά [βλ. ενδεικτικά Ανακοίνωση της Επιτροπής για τον ορισμό της σχετικής αγοράς (97/C 372/03), σημ. 25]. Συναφώς, η εκάστοτε αρχή ανταγωνισμού δεν οφείλει να ακολουθεί προκαθορισμένη ή/και πάγια ιεράρχηση, ούτε και να διεξάγει κάθε φορά συγκεκριμένη ποιοτική, ποσοτική, τεχνική ή μη τεχνική ανάλυση, αλλά εκτιμά στο σύνολό τους τις διαπιστώσεις που προκύπτουν από το φάσμα

24 Βλ., συναφώς, προπαρατεθείσες αποφάσεις, AKZO κατά Επιτροπής, σκέψη 69, France Télécom κατά Επιτροπής, σκέψεις 104 και 105, και απόφαση της 14ης Οκτωβρίου 2010, C-280/08 P, Deutsche Telekom κατά Επιτροπής, Συλλογή 2010, σ. I-9555, σκέψεις 174, 176 και 180, καθώς και εκεί παρατιθέμενη νομολογία.

25 Βλ., συναφώς, προπαρατεθείσες αποφάσεις, AKZO κατά Επιτροπής, σκέψεις 70 και 72, France Télécom κατά Επιτροπής, σκέψη 106, και Deutsche Telekom κατά Επιτροπής, σκέψη 177.

26 ΕΕ της 24ης.02.2009 αριθμ. C45/7.

27 Βλ. ενδεικτικά Ανακοίνωση της Επιτροπής για τον ορισμό της σχετικής αγοράς (97/C 372/03), σημ. 7 και σχετική νομοθεσία στην οποία παραπέμπει.

28 Βλπ. ενδεικτικά Ανακοίνωση της Επιτροπής για τον ορισμό της σχετικής αγοράς (97/C 372/03) σημ. 13-14, καθώς και ΓενΔΕΕ T-177/04, EasyJet κατά Επιτροπής, Συλλογή 2006, σελ. II-1931, σκ.99.

των στοιχείων που έχει στη διάθεσή της, λαμβανομένου υπόψη του όλου οικονομικού πλαισίου [βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ C- 333/94 P, Tetra Pak κατά Επιτροπής, Συλλ. [1996], σελ. I-5951, σκ. 10, ΓενΔΕΕ T-342/99 Airtours κατά Επιτροπής, Συλλ. [2002], σελ. II-2585, σκ. 20, καθώς και Εφετειακό Δικαστήριο Ανταγωνισμού Ηνωμένου Βασιλείου 1005/1/1/01, Aberdeen Journals κατά OFT [2002], σκ. 96-97]. Εν τέλει, η σχετική εκτίμηση της Επιτροπής και η παρατιθέμενη αιτιολόγησή της αποτελούν αντικείμενο του ασκούμενου από τα διοικητικά δικαστήρια ελέγχου των αποφάσεών της (βλ. επίσης και σελ. 34 απόφαση ΕΠΑΝΤ 520/2011 ΤΣΑΚΙΡΗΣ). Εν προκειμένω, ο ορισμός της σχετικής αγοράς βασίζεται σε πληθώρα ποιοτικών και ποσοτικών στοιχείων που εκτιμώνται από την αρχή ανταγωνισμού στο σύνολό τους.

162. Στην υπό εξέταση περίπτωση, καθώς και σύμφωνα με το Ελληνικό καθώς και το Ευρωπαϊκό ρυθμιστικό πλαίσιο των Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών, την πρακτική της Ευρωπαϊκής Επιτροπής σε προηγούμενες αποφάσεις της καθώς και την νομολογία του ΔΕΚ και ΠΕΚ, οι αγορές των Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών, μπορούν γενικά να χωριστούν σε αγορές χονδρικής και σε αγορές λιανικής[29]. Οι αγορές χονδρικής κατά κανόνα περιλαμβάνουν την παροχή πρόσβασης σε δίκτυα (ή σε στοιχεία δικτύων) και στην παροχή υπηρεσιών δικτύου σε φορείς εκμετάλευσης δικτύων και υπηρεσιών, ενώ οι αγορές λιανικής περιλαμβάνουν την παροχή τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών σε τελικούς χρήστες. Εντός αυτών των δύο γενικών κατηγοριών, είναι δυνατό να οριοθετηθούν μικρότερες αγορές, όχι μόνο με βάση τα χαρακτηριστικά της εκάστοτε υπηρεσίας και τον βαθμό στον οποίο μπορεί να υποκατασταθεί από άλλες υπηρεσίες εξαιτίας της τιμής, των συνηθειών και των προτιμήσεων των καταναλωτών, αλλά και με βάση την εξέταση των όρων του ανταγωνισμού και της διάρθρωσης της προσφοράς και της ζήτησης. Λόγω των πλεονεκτημάτων της κινητικότητας και της υψηλότερης τιμής που καταβάλλεται για την ευκολία αυτή, οι υπηρεσίες κινητών επικοινωνιών εν γένει δεν μπορούν να υποκατασταθούν από τις υπηρεσίες σταθερών επικοινωνιών. Οι υπηρεσίες κινητών και σταθερών φωνητικών υπηρεσιών ανήκουν, συνεπώς, σε διαφορετικές αγορές υπηρεσιών, όπως έχει κρίνει η Επιτροπή σε διάφορες αποφάσεις της[30].

163. Σύμφωνα με την ανάλυση αγορών της ΕΕΤΤ, ο ΟΤΕ είχε καθοριστεί ως φορέας με Σημαντική ισχύ στην αγορά (SMP) με την απόφαση της ΕΕΤΤ ΑΠ 614/13/28.07.2011, «Ορισμός Εθνικής Αγοράς Χονδρικής Παροχής (Φυσικής) Πρόσβασης σε Υποδομή Δικτύου (συμπεριλαμβανομένης μεριζόμενης και πλήρως αποδεσμοποιημένης πρόσβασης) σε σταθερή θέση, Καθορισμός Επιχειρήσεων με Σημαντική Ισχύ στην εν λόγω Αγορά και Υποχρεώσεις αυτών (3ος Γύρος Ανάλυσης)», (ΦΕΚ 1908/Β΄/ 30-08-2011), συνεπεία της οποίας απόφασης του επεβλήθησαν οι κανονιστικές υποχρεώσεις που αναγράφονται ανωτέρω (βλ. IV Νομικό Πλαίσιο-2 Εφαρμοστέες Διατάξεις της νομοθεσίας περί ηλεκτρονικών επικοινωνιών - Ρυθμιστικό πλαίσιο).

164. Συνεπώς, με βάση το κείμενα των καταγγελιών και την υπό εξέταση υπόθεση, η σχετική αγορά στην οποία εξετάζεται η συμπεριφορά-πρακτική της διακριτικής μεταχείρισης του ΟΤΕ είναι η χονδρική αγορά της αδεσμοποίητης (πλήρως ή μεριζόμενης) πρόσβασης, μέσω της οποίας λαμβάνουν την συγκεκριμένη χονδρική υπηρεσία οι πάροχοι για να δραστηριοποιηθούν περαιτέρω στην αγορά της λιανικής, δηλαδή στην κατάντη αγορά των τυποποιημένων ευρυζωνικών προϊόντων που προσφέρονται σε σταθερή θέση από τους φορείς τηλεπικοινωνιών στους δικούς τους τελικούς χρήστες.

β. Σχετική Γεωγραφική αγορά

165. Η σχετική γεωγραφική αγορά περιλαμβάνει την περιοχή στην οποία οι ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις παρέχουν τις σχετικές υπηρεσίες υπό επαρκώς ομοιογενείς συνθήκες ανταγωνισμού και η οποία μπορεί να διακριθεί από άλλες γειτονικές γεωγραφικές περιοχές, ιδίως, λόγω των αισθητά διαφορετικών συνθηκών ανταγωνισμού που επικρατούν σε αυτές. Η σχετική γεωγραφική αγορά ταυτίζεται με την περιοχή, εντός των ορίων της οποίας δραστηριοποιούνται και ανταγωνίζονται (ή τουλάχιστον έχουν τη δυνατότητα αυτή) οι επιχειρήσεις, ως πωλητές, των σχετικών υπηρεσιών.

166. Στην υπό εξέταση περίπτωση, η σχετική γεωγραφική αγορά είναι η Ελληνική επικράτεια, δεδομένου ότι οι υπό εξέταση υπηρεσίες της Εθνικής Αγοράς Χονδρικής Παροχής (Φυσικής) Πρόσβασης σε Υποδομή Δικτύου (συμπεριλαμβανομένης μεριζόμενης και πλήρως αποδεσμοποιημένης πρόσβασης) σε σταθερή θέση, καθώς και οι σχετικές λιανικές υπηρεσίες, έχουν εθνική διάσταση και εκτείνονται σε όλο το φάσμα της χώρας. Συγκεκριμένα, τόσο ο ΟΤΕ (τόσο στη λιανική όσο και στη χονδρική αγορά) όσο και οι άλλοι καταγγέλλοντες φορείς (στη λιανική αγορά) δρουν με ενιαίο τρόπο (ίδια τιμή, ίδιοι όροι και ίδιες προϋποθέσεις) στο σύνολο της περιοχής του δικτύου τους. Ο ορισμός αυτός της αγοράς είναι σύμφωνος με την πρακτική αποφάσεων της διεύθυνσης Ανταγωνισμού της Ευρ. Επιτροπής στον τομέα των τηλεπικοινωνιών (βλέπε ενδεικτικά αποφάσεις Ευρ. Επιτροπής Deutsche Telekom, Telefónica, Telekommunikacja Polska).

γ. Επηρεασμός ενδοενωσιακού εμπορίου και εφαρμογή του άρθρου 102 ΣΛΕΕ:

167. Το κριτήριο του επηρεασμού του ενδοενωσιακού εμπορίου προσδιορίζει το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 3 του Κανονισμού 1/2003 του Συμβουλίου για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού που προβλέπονται στα άρθρα 81 και 82 της Συνθήκης[31]. Σύμφωνα με το

29 Βλ.σχετικά Υπόθεση COMP/C1/N.38.369 — T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Κοινή χρήση δικτύου Rahmenvertrag (παρ.45).

30 Βλέπε απόφαση 98/2001/ΕΚ της Επιτροπής στην υπόθεση COMP/M.1439 — Telia/Telenor, ΕΕ L 40 της 9.2.2001, σ. 1· απόφαση της Επιτροπής της 12ης Απριλίου 2000 στην υπόθεση COMP/M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann, ΕΕ L 40 της 9.2.2001, σ. 1· απόφαση της Επιτροπής της 20ής Σεπτεμβρίου 2001 στην υπόθεση COMP/M.2574 — Pirelli/ Edizone/Olivetti/Telecom Italia, ΕΕ C 325 της 21.11.2001, σ. 12· απόφαση της Επιτροπής, της 10ης Ιουλίου 2002, υπόθεση COMP/M.2803 — Telia/Sonera, ΕΕ C 201 της 24.8.2002, σ. 19.

31 Κανονισμός –(ΕΚ) αριθ. 1/2003 του Συμβουλίου, της 16ης

άρθρο 3 παρ. 1 του ως άνω Κανονισμού, οσάκις οι αρχές ανταγωνισμού των κρατών μελών ή τα εθνικά δικαστήρια εφαρμόζουν την εθνική νομοθεσία ανταγωνισμού σε συμφωνίες, αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων ή εναρμονισμένες πρακτικές, κατά την έννοια του άρθρου 101 παρ. 1 ΣΛΕΕ, οι οποίες είναι πιθανόν να επηρεάσουν το εμπόριο, μεταξύ κρατών μελών, κατά την έννοια της διάταξης αυτής, εφαρμόζουν, επίσης, το άρθρο 101 ΣΛΕΕ, στις συγκεκριμένες συμφωνίες, αποφάσεις ή εναρμονισμένες πρακτικές. Το κριτήριο του επηρεασμού του ενδοενωσιακού εμπορίου είναι αυτόνομο κριτήριο της ευρωπαϊκής νομοθεσίας, το οποίο εκτιμάται ad hoc, και οριοθετεί το πεδίο εφαρμογής του ευρωπαϊκού δικαίου του ανταγωνισμού. Η έννοια της επίδρασης στα εμπορικά ρεύματα δεν προϋποθέτει μόνον τον περιορισμό ή τη μείωση του εμπορίου, αλλά οποιαδήποτε διαφοροποίηση των εμπορικών ρευμάτων, αρκεί αυτή να είναι αισθητή. Το κριτήριο αυτό πληρούται, επομένως, όταν η υπό εξέταση κάθε φορά συμπεριφορά δύναται να έχει ένα ελάχιστο επίπεδο διασυνοριακών επιπτώσεων στο εσωτερικό της Ένωσης[32].

168. Συναφώς, για να είναι σε θέση μια συμφωνία ή κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης να επηρεάσει το εμπόριο, μεταξύ κρατών μελών, θα πρέπει, βάσει ενός συνόλου νομικών και πραγματικών στοιχείων, να δύναται να πιθανολογηθεί, επαρκώς, ότι είναι σε θέση να ασκήσει, άμεση ή έμμεση, πραγματική ή δυνητική, επίδραση στα εμπορικά ρεύματα, μεταξύ κρατών μελών, τούτο δε κατά τρόπο που να προκαλείται φόβος ότι θα ήταν ικανή να εμποδίσει την πραγματοποίηση της ενιαίας αγοράς, μεταξύ κρατών μελών[33].

169. Περαιτέρω, στις περιπτώσεις εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, «… η κατάχρηση είναι εκείνη που πρέπει να επηρεάζει το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών, χωρίς όμως αυτό να συνεπάγεται ότι πρέπει να εκτιμάται μεμονωμένα κάθε στοιχείο της συμπεριφοράς αυτής. Πράγματι, μια συμπεριφορά που εντάσσεται στη γενικότερη στρατηγική της δεσπόζουσας επιχείρησης πρέπει να εκτιμάται, ως προς το συνολικό της αποτέλεσμα. Εάν, κατά την επιδίωξη του ίδιου σκοπού, η δεσπόζουσα επιχείρηση υιοθετεί διάφορες πρακτικές, όπως ιδίως πρακτικές που αποσκοπούν στον παραγκωνισμό ή τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών, το άρθρο 82 (νυν 102 ΣΛΕΕ) εφαρμόζεται σε όλες τις πρακτικές που εντάσσονται στη γενική αυτή στρατηγική, εάν μία τουλάχιστον από τις εν λόγω πρακτικές είναι ικανή να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών …»[34]. Η δυνατότητα επηρεασμού του ενδοενωσιακού εμπορίου, δύναται να προκύπτει από τη συνδρομή πολλών παραγόντων, οι οποίοι, εάν λαμβάνονταν υπόψη μεμονωμένα, δεν θα ήταν κατ’ ανάγκη αποφασιστικοί[35].

170. Κατά πάγια νομολογία, οι περιοριστικές του ανταγωνισμού πρακτικές οι οποίες καλύπτουν ολόκληρο το έδαφος ενός εκ των κρατών μελών, ζωτικό, δηλαδή, τμήμα της κοινής αγοράς, έχουν, εξ ορισμού ως αποτέλεσμα, την παρακώλυση της οικονομικής αλληλοδιεισδύσεως η οποία επιδιώκεται με τη Συνθήκη και, ως εκ τούτου, πληρούται το κριτήριο επηρεασμού του ενδοενωσιακού εμπορίου, για τους σκοπούς εφαρμογής των άρθρων 101 και 102 ΣΛΕΕ[36].

171. Ωστόσο, έχει γίνει δεκτό ότι συμφωνίες οι οποίες αφορούν σε υπηρεσίες οι οποίες δεν αποτελούν αντικείμενο διασυνοριακής δραστηριότητας και οι οποίες δύσκολα θα χρησιμοποιηθούν από αλλοδαπή πελατεία, δεν επηρεάζουν, κατά κανόνα, το ενδοενωσιακό εμπόριο, έστω και εάν καλύπτουν ολόκληρο το έδαφος κράτους μέλους[37]. Επίσης, γίνεται δεκτό ότι συμφωνίες οι οποίες έχουν τοπικό χαρακτήρα δεν δύνανται, αυτές καθ’ εαυτές, να επηρεάσουν αισθητά το εμπόριο, μεταξύ κρατών μελών. Αυτό συμβαίνει, ακόμη και εάν η τοπική αγορά βρίσκεται σε συνοριακή περιοχή[38]. Αντίστοιχα για την κατάχρηση γίνεται δεκτό ότι, εάν η κατάχρηση έχει καθαρά τοπικό χαρακτήρα ή αφορά σε αμελητέο μόνον τμήμα των πωλήσεων της δεσπόζουσας επιχείρησης, εντός του σχετικού κράτους μέλους, το εμπόριο δεν μπορεί να επηρεασθεί αισθητά[39].

δ. Η καταχρηστική πρακτική της διακριτικής μεταχείρισης

172. Ευθύς εξ αρχής, θα πρέπει να επισημανθεί ότι το άρθρο 2 του ν. 3959/2011 απαγορεύει την καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης επιχείρησης, ενώ η παρ. 2 εδ. γ΄ του ιδίου άρθρου ορίζει ότι η καταχρηστική εκμετάλλευση δύναται να συνίσταται στην εφαρμογή

Δεκεμβρίου 2002, για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού που προβλέπονται στα άρθρα 81 και 82 της συνθήκης, ΕΕ L 1/1, της 04ης .01.2003.

32 Βλ. Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου των άρθρων 81 και 82 της Συνθήκης, ΕΕ C101/81, της 27ης.04.2004, σημ. 8 επ., 34, 77.

33 Βλ. ενδεικτικά αποφάσεις ΔΕΕ C-209/78, Van Landewyck κατά Επιτροπής, Συλλογή 1980, σελ. 3125, σκ. 170, και ΔΕΕ C-219/95P, Ferriere Nord κατά Επιτροπής, Συλλογή 1997, σελ. I-4411, σκ. 20.

34 Βλ. Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου των άρθρων 81 και 82 της Συνθήκης, ό.π., σημ. 17, καθώς και απόφαση ΔΕΕ 85/76, Hoffmann – La Roche κατά Επιτροπής, Συλλογή 1979, σελ. 461, σκ. 126.

35 Βλ. ενδεικτικά απόφαση ΔΕΕ C-250/92, Gottrup – Klim Grovvareforening Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA (DLG), Συλλογή 1994, σελ. I-5641, σκ.54.

36 Βλ. ενδεικτικά αποφάσεις ΔΕφΑθ 1001/2006, ΔΕφΑθ 2891/2009 και ΔΕφΑθ 559/2010, καθώς και αποφάσεις ΔΕΕ 8/72, Vereeniging van Cementhandelaren κατά Επιτροπής, Συλλογή 1972-1973, σελ. 221, σκ. 29, ΔΕΕ 42/84, Remia και λοιποί κατά Επιτροπής, Συλλογή 1985, σελ. 2545, σκ. 22, ΔΕΕ C-35/96, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1998, σελ. I-3851, σκ.48 και ΔΕΕ C-309/99, Wouters και λοιποί, Συλλογή 2002, σελ. I-1577, σκ. 95, βλ., επίσης, Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου των άρθρων 81 και 82 της Συνθήκης ό.π., σημ. 86-88.

37 Βλ. απόφαση ΔΕΕ υπόθ. C-215/96, 216/96, Carlo Bagnasco κ.λ.π. κατά Banca Popolare di Novara και Casa di Risparmio di Genova e Imperia, Συλλογή 1999, σελ. I-135, σκ.51-53.

38 Βλ. Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου των άρθρ. 81 και 82 της Συνθήκης, ΕΕ 2004 C101/81 παρ.91.

39 Βλ. Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου των άρθρ. 81 και 82 της Συνθήκης, ΕΕ 2004 C101/81 παρ.96.

άνισων όρων για ισοδύναμες παροχές, κατά τρόπον ώστε ορισμένες επιχειρήσεις να περιέρχονται σε μειονεκτική θέση, όσον αφορά στον ανταγωνισμό. Η προαναφερόμενη περίπτωση καταχρηστικής εκμετάλλευσης δεσπόζουσας θέσης βασίζεται στην αρχή της απαγόρευσης της διακριτικής μεταχείρισης συνισταμένης, αφενός στην επιταγή της ίσης μεταχείρισης για ισοδύναμες παροχές, αφετέρου δε στην επιταγή της διαφορετικής μεταχείρισης, εφόσον οι παροχές δεν είναι ισοδύναμες. Κατά συνέπεια, η διακριτική μεταχείριση, όταν εφαρμόζεται από επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση, συνιστά καταχρηστική συμπεριφορά.

173. Η διακριτική καταχρηστική συμπεριφορά δυνατόν να έχει τη μορφή διάκρισης τιμολογιακού χαρακτήρα ή διάκρισης μη τιμολογιακού χαρακτήρα, ενώ δύναται ν’ αφορά τόσο τους πελάτες, όσο και τους ανταγωνιστές της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση. Έτσι, όταν αυτή εφαρμόζει έναντι των πελατών της αδικαιολόγητη διαφοροποίηση, τότε επιβαρύνει κάποιους από αυτούς σε σχέση με τους ανταγωνιστές τους (είτε αντίστροφα), στρεβλώνοντας έτσι τον ανταγωνισμό και σε μια άλλη αγορά, δηλ. αυτή στην οποία διαθέτει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες τους οι πελάτες της. Η περίπτωση της μη τιμολογιακής διακριτικής μεταχείρισης εμπίπτει στο πεδίο των εκμεταλλευτικών πρακτικών.

174. Κατά το πρώην άρθρο 82 περ. γ’ ΕΚ (νυν άρθρο 102 ΣΛΕΕ) (καθώς και το άρθρο 2,γ’ του ν. 3959/2011), η συμπεριφορά της κατέχουσας δεσπόζουσα θέση επιχείρησης, δεν πρέπει να νοθεύει τον ανταγωνισμό σε προηγούμενο ή μεταγενέστερο στάδιο «εμπορίας», ήτοι τον ανταγωνισμό μεταξύ προμηθευτών ή μεταξύ πελατών της επιχείρησης αυτής μέσω της διακριτικής μεταχείρισης αυτών. Προκειμένου να διαγνωσθεί διακριτική μεταχείριση από μέρους μιας δεσπόζουσας επιχείρησης, πρέπει συνεπώς ν’ αποδειχθεί: α) ότι η δεσπόζουσα επιχείρηση εφαρμόζει έναντι των πελατών της άνισους όρους επί ισοδύναμων παροχών ή ίσους όρους επί μη ισοδύναμων παροχών[40] και β) ότι οι τελευταίοι περιέρχονται, ως εκ τούτου σε μειονεκτική θέση από πλευράς ανταγωνισμού[41]. Κατά την ανωτέρω διάταξη, βασική προϋπόθεση για τη διαπίστωση ή μη της διακριτικής μεταχείρισης είναι η προηγούμενη αξιολόγηση της ισοδυναμίας ή μη των αντιπαροχών των επιχειρήσεων που δύνανται να συμβληθούν με τη δεσπόζουσα επιχείρηση[42]. Η διακριτική μεταχείριση, εκτός από τη μορφή της άρνησης πωλήσεων, αγορών ή άλλων συναλλαγών που αναφέρεται ενδεικτικά στο άρθρο 2 παρ. 2.γ’ του ν. 3959/2011 και 102 εδ. β παρ. γ’ ΣΛΕΕ μπορεί ν’ αφορά στις τιμές τις παραδιδόμενες ποσότητες των προϊόντων, τις εκπτώσεις επί των τιμών και γενικά τις υπόλοιπες συνθήκες των συναλλαγών, οι οποίες επηρεάζουν την ανταγωνιστική ικανότητα των επιχειρήσεων[43].. Το ΔΕΚ δε, αρκείται στην απόδειξη ότι η διακριτική μεταχείριση «τείνει να νοθεύσει αυτή τη σχέση ανταγωνισμού, ήτοι να βλάψει την ανταγωνιστική θέση μέρους των εμπορικώς συναλλασσομένων της επιχειρήσεως αυτής σε σχέση με τους άλλους». Κατά πόσο η εφαρμογή διακρίσεων είναι πράγματι καταχρηστική εξαρτάται από την ομοιότητα ή μη των συγκρινόμενων περιπτώσεων. Όπως έχει προαναφερθεί, και προκύπτει και από την Ελληνική[44] και Ενωσιακή νομολογία, η διακριτική μεταχείριση αντισυμβαλλόμενων επιχειρήσεων από δεσπόζουσα θέση, συνήθως συναρτάται με καταχρηστική συμπεριφορά αποκλεισμού[45]. Στην περίπτωση αυτή λοιπόν, η συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης, αποβλέπει στον αποκλεισμό των πραγματικών ή δυνητικών ανταγωνιστών της σε δευτερογενή ή πρωτογενή αγορά και συνεπώς εμπίπτει ευθέως στην περίπτωση του άρθρου 2, παρ. 2 γ’. Χαρακτηριστικές περιπτώσεις αυτής της κατηγορίας πρακτικών της δεσπόζουσας επιχείρησης αποτελούν πρακτικές που έχουν αντίκτυπο στην γειτνιάζουσα αγορά είτε από τις ίδιες είτε από θυγατρικές τους επιχειρήσεις.

175. Βεβαίως, η άμυνα της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση συνίσταται κυρίως στην αμφισβήτηση ότι οι συνθήκες πώλησης των προϊόντων ή υπηρεσιών προς τους πελάτες τους είναι όμοιες. Ωστόσο, από τη νομολογία των κοινοτικών δικαστηρίων προκύπτει ότι - τουλάχιστον σε περιπτώσεις που αφορούν επιχειρήσεις με ιδιαίτερα ισχυρή δεσπόζουσα θέση, ήτοι υπερδεσπόζουσα ή συντριπτική δεσπόζουσα θέση[46] (“superdominance”), το επιχείρημα αυτό δεν μπορεί να γίνει δεκτό και συνεπώς όσο μεγαλύτερη είναι η δεσπόζουσα θέση μιας επιχείρησης, τόσο μεγαλύτερη και αυστηρότερη (επαχθής) είναι και η υποχρέωσή της να μην υιοθετεί παρεμποδιστικές συμπεριφορές στην αγορά[47].

ε. Πρακτική διακριτικής μεταχείρισης και πρακτική άρνησης πρόσβασης στην αγορά των Ηλεκτρ. Επικοινωνιών (Χονδρική Αγορά Υπηρεσιών)

176. Η απαγόρευση των διακρίσεων και η αξιολόγηση της συμπεριφοράς των φορέων παροχής (κυρίως χονδρικών) υπηρεσιών, είχε εντοπιστεί και υπογραμμιστεί και στην πολύ αρχική «Ανακοίνωση για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού σε συμφωνίες πρόσβασης στον τομέα των τηλεπικοινωνιών» (98/C 265/02), προς διευκόλυνση της φάσης της απελευθέρωσης της αγοράς, που εξέδωσε η Ευρ. Επιτροπή και συγκεκριμένα στο εδάφιο 52. αυτού, όπου οριζόταν πως: «..Ορισμένοι επίσημοι φορείς παροχής τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών ενδέχεται να επιχειρήσουν να αντισταθούν στην πα-

40 Αποφάσεις ΕΑ 317/V/2006, VII B.γ., 426/V/2008, VII 1.Γ και 516/VII2011, παρ. 52.

41 Υπόθ. C-95/04 P, British Airways plc κατά Επιτροπής, Συλλ. 2007 σελ. 1-2331, σκ. 143-144, υπόθ. C-52/07, Kanal 5 Ltd και TV 4AB κατά Foreningen Svenska Tonsattares Internationella Musikyra (STIM) upa, Συλλ.2008 σελ.I-9275, σκ.44.Πρβλ. και Απόφαση ΕΑ 486/VI/2010, 2 in fine

42 Βλ. Απόφαση ΕΑ 486/VI/2010, Δημήτριος Τζουγανάτος, Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού, και 14 Καταχρήσεις μη τιμολογιακού χαρακτήρα.

43 Βλ. απόφαση ΕΑ 207/III/2002.

44 Βλ. γνωμοδ. ΕΑ 22/1984, 28/1985 και 38/1986.

45 Βλ. υπόθ. Cooperatieve Vereniging “Suiker Unie” v. Commission, και Υπόθ. Hoffmann La Roche & Co v. Commission.

46 Βλ. απόφαση ΕΑ 520/VI/2011

47 Υπόθ. 396/96 P Compagnie Maritime Belge Transports SA κατά Επιτροπής, όπου γίνεται λόγος για την «ιδιαίτερα επαχθή ειδική υποχρέωση» της επιχείρησης με κυρίαρχη δεσπόζουσα θέση (super-dominance).

ροχή πρόσβασης σε τρίτους φορείς παροχής υπηρεσιών ή σε άλλους φορείς εκμετάλλευσης δικτύων, ιδίως σε περιοχές όπου η προτεινόμενη υπηρεσία θα ανταγωνίζεται υπηρεσία που παρέχει ο ίδιος ο φορέας παροχής τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών. Η αντίσταση αυτή θα εκδηλώνεται συχνά ως αδικαιολόγητη καθυστέρηση στα να δοθεί πρόσβαση, ως απροθυμία να επιτραπεί η πρόσβαση ή επιθυμία να επιτραπεί μόνον βάσει ασύμφορων όρων. Ο ρόλος των κανόνων ανταγωνισμού είναι να εξασφαλίσουν ότι παρέχεται η δυνατότητα σε αυτές τις δυνητικές αγορές πρόσβασης να αναπτυχθούν και ότι δεν επιτρέπεται στους επίσημους φορείς παροχής υπηρεσιών να χρησιμοποιούν τον έλεγχό τους επί της πρόσβασης για την καταστολή των εξελίξεων στις αγορές υπηρεσιών..»……………..ενώ στο εδάφιο 68 οριζόταν επίσης πως. «..Στον τομέα των τηλεπικοινωνιών, η έννοια των “βασικών διευκολύνσεων” σε πολλές περιπτώσεις συνδέεται με τον καθορισμό των δεσποζόντων φορέων τηλεπικοινωνιών. Η έκφραση “βασική διευκόλυνση” χρησιμοποιείται για την περιγραφή της διευκόλυνσης ή της υποδομής που θεωρείται απαραίτητη ώστε οι καταναλωτές ή/και οι εξουσιοδοτημένοι ανταγωνιστές να μπορούν να ασκούν τις δραστηριότητές τους και η οποία δεν μπορεί να επαναληφθεί με εύλογο τρόπο…» και τέλος στο εδάφιο 69. «…Μια επιχείρηση που ελέγχει την πρόσβαση σε μια βασική διευκόλυνση απολαύει δεσπόζουσας θέσης βάσει των διατάξεων του άρθρου 86…».

Περαιτέρω στην παράγραφο 2.1. με τίτλο «Άρνηση χορήγησης πρόσβασης σε ουσιώδεις διευκολύνσεις και εφαρμογή μη ευνοϊκών όρων» και στο εδάφιο 83 προβλεπόταν ότι: «Η άρνηση χορήγησης πρόσβασης μπορεί να απαγορεύεται δυνάμει του άρθρου 86, αν προέρχεται από εταιρεία που διαθέτει δεσπόζουσα θέση στην αγορά πρόσβασης, όπως θα συμβαίνει στο άμεσο μέλλον με τους επίσημους φορείς παροχής τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών. Μια άρνηση μπορεί να: «εμποδίζει τη διατήρηση του βαθμού ανταγωνισμού που υπάρχει ακόμα στην αγορά ή την ανάπτυξη του ανταγωνισμού αυτού» (64). Η άρνηση θα είναι καταχρηστική μόνον εφόσον απορρέει από την καταχρηστική εκμετάλλευση μιας δεσπόζουσας θέσης ή παράγει αποτελέσματα που παραβιάζουν τις αρχές του ανταγωνισμού. Οι αγορές υπηρεσιών στον τομέα των τηλεπικοινωνιών αρχικά θα έχουν λίγους ανταγωνιστικούς φορείς και κατά συνέπεια οι αρνήσεις χορήγησης πρόσβασης θα επηρεάζουν τον ανταγωνισμό στις αγορές αυτές. Σε όλες τις περιπτώσεις αρνήσεων, η αιτιολόγηση θα εξετάζεται προσεκτικά ώστε να καθορίζεται εάν είναι αντικειμενική. 84. Γενικά, διακρίνονται τρεις υποθετικές περιπτώσεις: α) άρνηση χορήγησης πρόσβασης για την παροχή υπηρεσίας, όπου έχει δοθεί πρόσβαση από τον παρέχοντα την πρόσβαση σε άλλο φορέα, για να δραστηριοποιείται σε αυτή την αγορά υπηρεσιών, β) άρνηση χορήγησης πρόσβασης για την παροχή υπηρεσίας, όπου δεν έχει δοθεί πρόσβαση από τον παρέχοντα την πρόσβαση σε κανέναν άλλο φορέα για να δραστηριοποιείται σε αυτή την αγορά υπηρεσιών και γ) παύση της πρόσβασης σε υπάρχοντα πελάτη.

Στην ίδια ανακοίνωση, για την πρακτική της «διακριτικής μεταχείρισης», οριζόταν ότι: 85. Για την πρώτη από τις ανωτέρω περιπτώσεις, είναι σαφές ότι η άρνηση προμήθειας σε νέο πελάτη, σε περίπτωση που ο παρέχων τη διευκόλυνση, ο οποίος κατέχει δεσπόζουσα θέση, προμηθεύει ήδη έναν ή περισσότερους πελάτες που δραστηριοποιούνται στην ίδια αγορά υπηρεσιών επομένων σταδίων, αποτελεί διακριτική μεταχείριση που εάν περιορίζει τον ανταγωνισμό σε αυτή την αγορά θα είναι καταχρηστική. Εφόσον οι φορείς εκμετάλλευσης δικτύων παρέχουν τις ίδιες, ή παρόμοιες, λιανικές υπηρεσίες με τον αιτούντα πρόσβαση, ενδέχεται να έχουν τόσο το κίνητρο, όσο και τη δυνατότητα να περιορίσουν τον ανταγωνισμό και να καταχραστούν κατ’ αυτόν τον τρόπο τη δεσπόζουσα θέση τους. Ασφαλώς, ενδέχεται να υπάρχουν αιτιολογίες για την άρνηση αυτή - π.χ. έναντι αιτούντων πρόσβαση που αντιπροσωπεύουν ενδεχόμενο πιστωτικό κίνδυνο. Ελλείψει αντικειμενικών αιτιολογιών, η άρνηση θα αποτελεί συνήθως κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης στην αγορά πρόσβασης. 86. Γενικά, η δεσπόζουσα εταιρεία έχει καθήκον να παρέχει πρόσβαση κατά τρόπον ώστε τα αγαθά και οι υπηρεσίες που προσφέρονται σε εταιρείες οι οποίες δραστηριοποιούνται σε επόμενα στάδια να διατίθενται υπό όρους εξίσου ευνοϊκούς με τους παρεχόμενους σε τρίτους, περιλαμβανομένης της δικής τους αντίστοιχης δραστηριότητας επομένων σταδίων…».

Για δε τις ουσιώδεις διευκολύνσεις, οριζόταν πως: 87. Όσον αφορά τη δεύτερη από τις ανωτέρω περιπτώσεις, τίθεται το ερώτημα αν ο παρέχων πρόσβαση θα πρέπει να υποχρεούται να συμβάλλεται με τον παρέχοντα την υπηρεσία, ούτως ώστε να μπορέσει ο τελευταίος να εκμεταλλευθεί μια νέα αγορά υπηρεσίας. Εφόσον δεν τίθεται πρόβλημα περιορισμών ικανότητας και εφόσον η εταιρεία που αρνείται να παρέχει πρόσβαση σε διευκολύνσεις δεν έχει παράσχει πρόσβαση σε διευκολύνσεις ούτε στο δικό της κλάδο παροχής υπηρεσιών επομένων σταδίων ούτε σε οποιαδήποτε άλλη εταιρεία που ασκεί δραστηριότητες σε αυτήν την αγορά υπηρεσιών, ποτέ δεν είναι σαφές ποιες άλλες αντικειμενικές αιτιολογίες θα μπορούσαν να υπάρξουν. 88. Στον τομέα των μεταφορών (65), η Επιτροπή αποφάνθηκε ότι μια εταιρεία που ελέγχει ουσιώδη διευκόλυνση οφείλει υπό ορισμένες προϋποθέσεις να παρέχει πρόσβαση (66). Οι ίδιες αρχές ισχύουν στον τομέα των τηλεπικοινωνιών. Αν δεν υπάρχουν εμπορικά βιώσιμες εναλλακτικές λύσεις στην αιτούμενη πρόσβαση, τότε, αν δεν χορηγηθεί η πρόσβαση, ο αιτών δεν θα μπορεί να δραστηριοποιηθεί στην αγορά υπηρεσιών. Συνεπώς, στην περίπτωση αυτή, η άρνηση περιορίζει την ανάπτυξη νέων αγορών, ή νέων προϊόντων στις αγορές αυτές, κατά παράβαση του άρθρου 86 στοιχείο β) ή εμποδίζει την ανάπτυξη του ανταγωνισμού στις υπάρχουσες αγορές. Μια άρνηση που παράγει τέτοια αποτελέσματα προφανώς δύναται να προκαλέσει κατάχρηση. 89. Η αρχή η οποία υποχρεώνει τις δεσπόζουσες εταιρείες να συμβάλλονται υπό ορισμένες προϋποθέσεις θα είναι συχνά εφαρμοστέα στον τομέα των τηλεπικοινωνιών. Σήμερα, υπάρχουν μονοπώλια ή οιονεί μονοπώλια στην παροχή υποδομής δικτύου για τις περισσότερες τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες στην Κοινότητα. Και εκεί ακόμα όπου οι περιορισμοί

έχουν ήδη, ή πρόκειται σύντομα να αρθούν, ο ανταγωνισμός στις αγορές υπηρεσιών επομένων σταδίων θα εξακολουθήσει να εξαρτάται από τα τιμολόγια και τους όρους πρόσβασης σε προηγούμενες υπηρεσίες δικτύου, τα οποία δεν θα αντικατοπτρίζουν παρά σταδιακά τις ανταγωνιστικές δυνάμεις της αγοράς. Δεδομένου του ρυθμού των τεχνολογικών αλλαγών στον τομέα των τηλεπικοινωνιών, είναι πιθανόν να υπάρξει το ενδεχόμενο εταιρείες να προσπαθήσουν να προσφέρουν νέα προϊόντα ή υπηρεσίες μη ανταγωνιστικές προς προϊόντα ή υπηρεσίες που προσφέρονται ήδη από το δεσπόζοντα φορέα εκμετάλλευσης της πρόσβασης, για τα οποία όμως ο τελευταίος δεν είναι πρόθυμος να παράσχει πρόσβαση. 90. Η Επιτροπή πρέπει να εξασφαλίσει ότι ο έλεγχος επί των διευκολύνσεων τις οποίες δικαιούνται οι επίσημοι φορείς παροχής υπηρεσιών δεν θα χρειαστεί για την παρεμπόδιση της ανάπτυξης ανταγωνιστικού πλαισίου στον τομέα των τηλεπικοινωνιών. Μια εταιρεία που κατέχει δεσπόζουσα θέση σε μια αγορά υπηρεσιών η οποία διαπράττει στην εν λόγω αγορά κατάχρηση που αντίκειται στις διατάξεις του άρθρου 86, μπορεί να υποχρεωθεί να θέσει τέλος στην κατάχρηση, προσφέροντας πρόσβαση σε διευκολύνσεις σε έναν ή περισσότερους ανταγωνιστές στην εν λόγω αγορά. Ειδικότερα, μια εταιρεία μπορεί να καταχράται τη δεσπόζουσα θέση της εάν με τις δραστηριότητές της αποτρέπει την εμφάνιση ενός νέου προϊόντος ή υπηρεσίας. 91. Σημείο έναρξης της ανάλυσης της Επιτροπής θα είναι η επισήμανση υπάρχουσας ή δυνητικής αγοράς για την παροχή της διευκόλυνσης στην οποία ζητείται πρόσβαση. Προτού διαταχθεί η πρόσβαση δυνάμει των κανόνων ανταγωνισμού, η αιτούσα εταιρεία θα πρέπει να αποδείξει ότι η άρνηση πρόσβασης είναι αντίθετη προς το καθήκον της δεσπόζουσας εταιρείας να μην κάνει διακρίσεις (βλέπε κατωτέρω), ή να λάβει υπόψη τα ακόλουθα στοιχεία, σωρευτικά) η πρόσβαση στην εν λόγω διευκόλυνση είναι γενικά ουσιώδης για να ανταγωνιστούν οι εταιρείες σε αυτή τη συναφή αγορά (67). Συνεπώς, το βασικό ζήτημα στο σημείο αυτό είναι τι σημαίνει ουσιώδης. Δεν αρκεί ότι η θέση της εταιρείας που ζητά πρόσβαση θα καταστεί πλεονεκτικότερη μετά τη χορήγησή της - αλλά η άρνηση πρόσβασης πρέπει να οδηγεί στο να καταστούν οι σκοπούμενες δραστηριότητες είτε αδύνατες είτε σοβαρά και αναπότρεπτα αντιοικονομικές… β) υπάρχει επαρκής διαθέσιμη ικανότητα πρόσβασης γ) ο παρέχων της διευκολύνσεις δεν κοινοποιεί αίτημα για υφιστάμενη αγορά υπηρεσιών ή προϊόντων, παρακωλύει τον επείγοντα χαρακτήρα μιας ενδεχομένης νέας υπηρεσίας ή προϊόντος ή παρακωλύει τον ανταγωνισμό σε υπάρχουσα ή ενδεχομένη αγορά υπηρεσίας ή προϊόντος, δ) η εταιρεία που ζητά πρόσβαση είναι πρόθυμη να καταβάλει το εύλογο, χωρίς διακρίσεις τίμημα και επιπλέον δέχεται από κάθε άποψη όρους και προϋποθέσεις πρόσβασης που δεν εισάγουν διακρίσεις, ε) δεν υπάρχει αντικειμενική αιτιολογία για την άρνηση της παροχής πρόσβασης. Οι σχετικές αιτιολογίες στο πλαίσιο αυτό μπορούν να περιλαμβάνουν μια σημαντική δυσχέρεια στην παροχή πρόσβασης προς την αιτούσα εταιρεία ή την ανάγκη για έναν παρέχοντα διευκολύνσεις ο οποίος προέβη σε επένδυση που στοχεύει στην εισαγωγή ενός νέου προϊόντος ή μιας νέας υπηρεσίας να έχει επαρκή χρόνο και δυνατότητα να χρησιμοποιήσει τη διευκόλυνση ώστε να θέσει το νέο αυτό προϊόν ή την υπηρεσία στην αγορά. Πάντως, οποιαδήποτε αιτιολογία θα πρέπει να εξετάζεται προσεκτικά κατά περίπτωση. Είναι εξαιρετικά σημαντικό στον τομέα των τηλεπικοινωνιών το να μην υπονομευθούν τα οφέλη προς τους τελικούς χρήστες, τα οποία απορρέουν από ανταγωνιστικό περιβάλλον, από δραστηριότητες προγενέστερων μονοπωλιακών καθεστώτων που αποτρέπουν την εμφάνιση και ανάπτυξη του ανταγωνισμού. 93. Το πρόβλημα της αντικειμενικής αιτιολόγησης θα απαιτεί ιδιαίτερα εμπεριστατωμένη ανάλυση στον τομέα αυτό. Εκτός από τον καθορισμό του κατά πόσον οι δυσκολίες που αναφέρονται σε κάθε συγκεκριμένη υπόθεση είναι αρκετά σοβαρές για να δικαιολογήσουν την άρνηση χορήγησης πρόσβασης, οι σχετικές αρχές πρέπει επίσης να αποφανθούν κατά πόσον οι δυσκολίες αυτές αρκούν για να αντισταθμίσουν τη ζημία που προκαλείται στον ανταγωνισμό, αν αποκλείεται η πρόσβαση ή γίνεται δυσχερέστερη και οι αγορές υπηρεσιών επομένων σταδίων περιορίζονται κατά τον τρόπο αυτό..»

177. Επίσης ιδίως για το ζήτημα των «διακρίσεων», η Ανακοίνωση όριζε πως:

«..120. Ένας δεσπόζων φορέας πρόσβασης δεν μπορεί να κάνει διακρίσεις μεταξύ διαφόρων συμφωνιών πρόσβασης όταν οι διακρίσεις αυτές περιορίζουν τον ανταγωνισμό. Οποιαδήποτε διαφοροποίηση η οποία βασίζεται κυρίως στη χρήση που πρέπει να γίνει στην πρόσβαση παρά στις διαφορές μεταξύ συναλλαγών του ιδίου του φορέα εκμετάλλευσης της πρόσβασης, εάν η διάκριση φαίνεται σαφώς ότι περιορίζει ή στρεβλώνει υπάρχοντα ή δυνητικό ανταγωνισμό, αντίκειται στις διατάξεις του άρθρου 86. Η διάκριση αυτή μπορεί να πάρει τη μορφή επιβολής διαφόρων όρων, περιλαμβανομένης της χρέωσης διαφορετικών τιμών ή άλλης μορφής διαφοροποίηση μεταξύ των συμφωνιών πρόσβασης, εκτός αν η διάκριση αυτή θα μπορούσε να δικαιολογηθεί με αντικειμενικό τρόπο, π.χ. βάσει του κόστους ή τεχνικών δυσχερειών ή του γεγονότος ότι οι χρήστες ασκούν δραστηριότητες σε διαφορετικά επίπεδα. Η διάκριση αυτή θα μπορούσε να περιορίζει τον ανταγωνισμό στην αγορά επομένων σταδίων στην οποία η αιτούσα πρόσβαση εταιρεία επιδιώκει να ασκεί δραστηριότητες εφόσον ενδέχεται να περιορίζει τη δυνατότητα του φορέα αυτού να εισέλθει στην αγορά ή να επεκτείνει τις δραστηριότητές του στην εν λόγω αγορά (85).

121. Τέτοια διάκριση θα μπορούσε επίσης να έχει επιπτώσεις στον ανταγωνισμό όταν πραγματοποιείται μεταξύ φορέων που ασκούν τις δραστηριότητές τους σε στενά συνδεόμενες αγορές επομένων σταδίων. Στην περίπτωση που είναι δυνατό να διακρίνουμε δύο χωριστές αγορές προϊόντων επομένων σταδίων, αλλά όπου ένα από τα προϊόντα μπορεί να θεωρηθεί ως υποκατάστατο άλλου, πλην της διαφοράς τιμών μεταξύ των δύο προϊόντων, οποιαδήποτε διάκριση μέσω των τιμών που εφαρμόζεται από τους προμηθευτές των δύο αυτών προϊόντων θα μπορούσε να αποδυναμώσει τον πραγματικό ή δυνητικό ανταγωνισμό. Π.χ. έστω και αν οι

υπηρεσίες σταθερής ή κινητής τηλεφωνίας αποτελούν, μέχρι στιγμής χωριστές αγορές υπηρεσιών, είναι πιθανό αυτές οι αγορές να συνενωθούν. Το γεγονός της επιβολής υψηλότερων τιμών διασύνδεσης στους φορείς κινητής τηλεφωνίας, σε σύγκριση με τις τιμές διασύνδεσης που επιβάλλονται στους φορείς υπηρεσιών τηλεφωνίας σε σταθερό δίκτυο θα έτειναν να παρεμποδίσουν αυτή την εξέλιξη και κατά συνέπεια θα είχαν επιπτώσεις στον ανταγωνισμό. Το σκεπτικό αυτό ισχύει επίσης και για άλλες αγορές τηλεπικοινωνιών.

Σε κάθε περίπτωση μια τέτοια διάκριση θα ήταν δύσκολο να αιτιολογηθεί, λαμβανομένης υπόψη της υποχρέωσης καθορισμού τιμών που βασίζονται στο κόστος.

122. Όσον αφορά τις διακρίσεις που βασίζονται στις τιμές, το άρθρο 86 στοιχείο γ) απαγορεύει την εισαγωγή αθέμιτων διακρίσεων εκ μέρους δεσπόζουσας εταιρείας μεταξύ πελατών της (86), συμπεριλαμβανομένων των διακρίσεων μεταξύ πελατών βάσει του αν συμφωνούν να συναλλάσσονται αποκλειστικά με τη δεσπόζουσα εταιρεία ή όχι.

123. Το άρθρο 7 παράγραφος 3 της οδηγίας διασύνδεσης προβλέπει τα ακόλουθα:

«Για οργανισμούς διαφορετικών κατηγοριών οι οποίοι επιτρέπεται να παρέχουν δίκτυα και υπηρεσίες, είναι δυνατό να καθορίζονται διαφορετικές τιμές, όροι και προϋποθέσεις διασύνδεσης, όταν οι διαφορές αυτές είναι δυνατό να αιτιολογηθούν αντικειμενικά βάσει του παρεχόμενου τύπου διασύνδεσης ή/και των σχετικών εθνικών προϋποθέσεων για τη χορήγηση άδειας» (με την επιφύλαξη ότι οι διαφορές αυτές δεν οδηγούν σε στρέβλωση του ανταγωνισμού).

124. Το ερώτημα κατά πόσον οι διαφορές αυτές δημιουργούν στρεβλώσεις του ανταγωνισμού πρέπει να αξιολογηθεί κατά περίπτωση. Πρέπει να υπενθυμίσουμε ότι τα άρθρα 85 και 86 αναφέρονται σε προβλήματα του ανταγωνισμού και όχι σε ζητήματα κανονιστικής τάξεως. Το άρθρο 86 δεν μπορεί να απαιτήσει από μια δεσπόζουσα εταιρεία να αντιμετωπίζει διαφορετικές κατηγορίες πελατών με διαφορετικό τρόπο, εκτός όταν οι συνθήκες της αγοράς και οι αρχές που διέπονται από το άρθρο αυτό το απαιτούν. Αντίθετα, το άρθρο 86 απαγορεύει στις επιχειρήσεις που κατέχουν δεσπόζουσα θέση να εφαρμόζουν πρακτικές που προκαλούν διακρίσεις μεταξύ συγκρίσιμων πράξεων, όταν οι διακρίσεις αυτές έχουν επιπτώσεις στον ανταγωνισμό.

125. Η εισαγωγή διακρίσεων χωρίς αντικειμενική αιτιολογία όσον αφορά οποιαδήποτε πτυχή συμφωνίας πρόσβασης ενδέχεται να αποτελεί κατάχρηση. Οι διακρίσεις μπορεί να αφορούν στοιχεία όπως η τιμολόγηση, τα χρονικά περιθώρια, η τεχνική πρόσβαση, η όδευση (87), η αρίθμηση, οι περιορισμοί στη χρήση του δικτύου που υπερβαίνουν τις βασικές απαιτήσεις και η χρήση δεδομένων των δικτύων πελατών. Πάντως, η ύπαρξη διακρίσεων μπορεί μόνον να καθοριστεί κατά περίπτωση. Οι διακρίσεις είναι αντίθετες προς το άρθρο 86, ανεξαρτήτως του αν προκύπτουν ή είναι εμφανείς από τους όρους μιας ειδικής συμφωνίας πρόσβασης.

126. Στο πλαίσιο αυτό, υπάρχει γενικό καθήκον του φορέα εκμετάλλευσης του δικτύου να μεταχειρίζεται τους ανεξάρτητους πελάτες κατά τον ίδιο τρόπο, όπως τη δική του θυγατρική ή κλάδο παροχής υπηρεσιών επομένων σταδίων. Η φύση του πελάτη και οι απαιτήσεις του μπορεί να παίξουν σημαντικό ρόλο στον καθορισμό του κατά πόσον οι συναλλαγές είναι συγκρίσιμες. Διαφορετικές τιμές για πελάτες σε διαφορετικά επίπεδα (π.χ. χονδρικής και λιανικής) δεν αποτελούν αναγκαστικά διάκριση.

127. Προβλήματα διακρίσεων μπορεί να ανακύψουν σε σχέση με την τεχνική διαμόρφωση της πρόσβασης, λόγω της σημασίας της στο πλαίσιο της πρόσβασης.

«Ο βαθμός τεχνικής εξειδίκευσης της πρόσβασης»: περιορισμοί του τύπου ή του «επιπέδου» στην ιεραρχία του δικτύου των ανταλλαγών που σχετίζονται με την πρόσβαση ή τις τεχνικές δυνατότητες των ανταλλαγών έχουν άμεση σημασία από άποψη ανταγωνισμού και μπορεί να περιλαμβάνουν τις διαθέσιμες διευκολύνσεις για την υποστήριξη σύνδεσης ή τον τύπο διεπαφής και συστήματος σημάτων που χρησιμοποιείται για τον καθορισμό του τύπου υπηρεσίας που διατίθεται στον αιτούντα πρόσβαση (π.χ. έξυπνες διευκολύνσεις δικτύου).

Ο αριθμός ή/και η θέση των σημείων σύνδεσης: η απαίτηση συλλογής και κατανομής της κίνησης για συγκεκριμένες περιοχές στο σημείο μεταγωγής που εξυπηρετεί απευθείας την περιοχή αυτή, και όχι σε ανώτερο επίπεδο ιεραρχίας του δικτύου, μπορεί να είναι σημαντική. Ο αιτών πρόσβαση υποβάλλεται σε επιπρόσθετη δαπάνη αν παρέχει συνδέσεις σε μεγαλύτερη απόσταση από το κέντρο μεταγωγής του, ή αν αναγκάζεται να πληρώσει μεγαλύτερα έξοδα μεταφοράς.

Ίση πρόσβαση: η δυνατότητα να λαμβάνουν οι πελάτες του αιτούντος πρόσβαση στις υπηρεσίες του παρέχοντος πρόσβαση χρησιμοποιώντας τον ίδιο αριθμό κλήσης που χρησιμοποιούν και οι πελάτες του τελευταίου αποτελεί βασικό χαρακτηριστικό ανταγωνιστικών τηλεπικοινωνιών…»

178. Ως εμφαίνεται ανωτέρω λοιπόν, στην αγορά των Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών, η διακριτική μεταχείριση συναντάται συνήθως στις περιπτώσεις παροχής υπηρεσιών χονδρικής πρόσβασης από τους πρώην μονοπωλιακούς παρόχους (και συνήθως παρόχους με δεσπόζουσα θέση στις σχετικές αγορές) προς τους παρόχους-ανταγωνιστές τους. Οι τελευταίοι «βασίζονται» και εξαρτώνται από τις χονδρικές υπηρεσίες που τους παρέχει η δεσπόζουσα επιχείρηση, προκειμένου να μπορέσουν να δραστηριοποιηθούν εμπορικά στις σχετικές λιανικές αγορές. Το σύνηθες κρίσιμο ερώτημα σχετίζεται με το αν και κατά πόσο είναι «ίση» η αντιμετώπιση των ανταγωνιστών του πρώην μονοπωλιακού παρόχου και ιδίως η παροχή των χονδρικών υπηρεσιών προς αυτούς με τον ίδιο τρόπο, τις ίδιες προθεσμίες και τις ίδιες προϋποθέσεις με αυτές που παρέχεται η χονδρική πρόσβαση στο λιανικό του άκρο ή/και τις θυγατρικές εταιρείες του πρώην μονοπωλιακού παρόχου.

στ. Η αγορά της αδεσμοποίητης πρόσβασης στον τοπικό βρόχο (LLU)

179. Η εταιρεία ΟΤΕ, είναι ο πρώην μονοπωλιακός τηλεπικοινωνιακός φορέας στην Ελληνική Επικράτεια, έχει στην κυριότητά του το μοναδικό σταθερό πανεθνικό

χάλκινο δίκτυο πρόσβασης. Σύμφωνα με το κανονιστικό πλαίσιο της ΕΕ για τις Ηλεκτρονικές Επικοινωνίες και σύμφωνα με την κανονιστική απόφαση της ΕΕΤΤ, (βλ. ανωτέρω IV Νομικό Πλαίσιο Εφαρμοστέες Διατάξεις της Νομοθεσίας περί Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών - Ρυθμιστικό πλαίσιο), η εταιρεία ΟΤΕ πρέπει να παρέχει σε εναλλακτικούς φορείς εκμετάλλευσης χονδρική πρόσβαση εντός του δικτύου της. Η ΟΤΕ έχει το μονοπώλιο στη χονδρική αγορά πρόσβασης στους ULL και δεσπόζουσα θέση στη μαζική αγορά λιανικής για σταθερές ευρυζωνικές υπηρεσίες. Συνεπώς, η σημασία της παροχής των χονδρικών της υπηρεσιών για τους εναλλακτικούς παρόχους είναι τεράστια, αφού αποτελεί απαραίτητη προϋπόθεση για την δραστηριοποίησή τους και τον καθιστά αναγκαίο εταίρο γι’ αυτούς με σχέση εξάρτησης για την εμπορική τους δραστηριοποίηση.

180. Πέραν των ανωτέρω, υφίστανται σημαντικοί και υψηλοί φραγμοί εισόδου και επέκτασης στις σχετικές αγορές. Αυτοί οφείλονται στο γεγονός ότι η αναπαραγωγή του δικτύου του ΟΤΕ δεν είναι οικονομικώς βιώσιμη, φέρει δε ανέφικτα υψηλά κόστη για νέα όμοια επένδυση με αυτή του πρώην μονοπωλιακού παρόχου. Υπάρχει συνεπώς έλλειψη εναλλακτικής υποδομής για την πρόσβαση, γεγονός που καθιστά πλήρη την εξάρτηση από την χονδρική υπηρεσία του ΟΤΕ. Μεταξύ άλλων φραγμών συγκαταλέγονται οι επενδύσεις και οι μη ανακτήσιμες δαπάνες, η περιορισμένη διαφοροποίηση προϊόντων και τιμών, καθώς και η απουσία αντισταθμιστικής αγοραστικής ισχύος. Οι ψηλοί φραγμοί εισόδου και επέκτασης στη σχετική αγορά, συνάδουν με την διαπιστωθείσα διάρθρωση της εν λόγω χονδρικής αγοράς, στην οποία ο ΟΤΕ κατέχει μερίδιο σχεδόν 100% αυτής, στο πλαίσιο της οποίας οι ανταγωνιστές του ΟΤΕ είναι «υποχρεωμένοι» να χρησιμοποιούν τις χονδρικές του υπηρεσίες, προκειμένου να μπορέσουν να δραστηριοποιηθούν λιανικώς και να προσφέρουν τις υπηρεσίες τους και έτσι να τον ανταγωνιστούν.

ζ. Προϋποθέσεις διαπίστωσης της καταχρηστικής πρακτικής της διακριτικής μεταχείρισης από πάροχο με δεσπόζουσα θέση

181. Ως έκρινε και η Επιτροπή Ανταγωνισμού στην απόφασή της με ΑΠ.ΕΠΑΝΤ 617/2015, για να συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 2 παρ.2 περ. γ’ ν. 3959/2011, θα πρέπει η συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης, όχι μόνον να εισάγει δυσμενείς διακρίσεις αλλά, επιπλέον, να τείνει να νοθεύσει αυτή τη σχέση ανταγωνισμού, ήτοι να βλάψει την ανταγωνιστική θέση μέρους των εμπορικών συναλλασσομένων της επιχειρήσεως αυτής σε σχέση με άλλους. Στο πλαίσιο αυτό, αρκεί η συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης να τείνει, ενόψει του συνόλου των συγκεκριμένων περιστάσεων, σε στρέβλωση του ανταγωνισμού μεταξύ των εμπλεκόμενων εμπορικών εταίρων, χωρίς να απαιτείται η επιπλέον προσκόμιση της αποδείξεως περί μιας πραγματικής, ποσοτικοποιήσιμης χειροτέρευσης της ατομικής ανταγωνιστικής θέσης των εταίρων αυτών. Οι βασικές προϋποθέσεις για τη διαπίστωση ή μη της διακριτικής μεταχείρισης έχουν ήδη αναφερθεί ανωτέρω. Για την ύπαρξη ισοδύναμων συναλλαγών δεν απαιτείται η πλήρης ταύτισή τους, καθώς μπορεί να αφορούν εναλλάξιμες υπηρεσίες ή προϊόντα και παρόλα αυτά να πληρούν το κριτήριο της ισοδυναμίας. Όταν όμως μια δεσπόζουσα στη σχετική της αγορά επιχείρηση παρέχει ή υποχρεούται να παρέχει το ίδιο προϊόν (χονδρικής εδώ υπηρεσίας) σε διαφορετικές και ανταγωνίστριες με το λιανικό της άκρο επιχειρήσεις, οι συναλλαγές είναι κατ’ αρχήν εμφανώς ισοδύναμες. Αυτή συνεπώς είναι η περίπτωση του υπό εξέταση καταγγελλόμενου ΟΤΕ, ο οποίος «χειρίζεται» την παροχή της χονδρικής υπηρεσίας προς τους παρόχους ανταγωνιστές του, προκειμένου να δραστηριοποιηθούν αυτοί εμπορικά στην κατάντη λιανική αγορά, ενώ ο ίδιος ο ΟΤΕ παρέχει την ίδια υπηρεσία και στο λιανικό του άκρο, το οποίο ανταγωνίζεται τους υπόλοιπους παρόχους στη σχετική λιανική αγορά. Αντιμετωπίζουμε συνεπώς απόλυτα όμοιες παροχές και συνεπώς οι όροι παροχής θα πρέπει να είναι απόλυτα όμοιοι εξίσου. Σε αντίθετη περίπτωση, η εδώ δεσπόζουσα επιχείρηση διαπράττει ευθεία παράβαση και συνεπώς καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσποζούσης θέσης της, διαμέσω πρακτικής διακριτικής μεταχείρισης.

182. Για τις πιθανές επιπτώσεις της πρακτικής της διακριτικής μεταχείρισης στον ανταγωνισμό και τους καταναλωτές, ως ορίζουν οι «Κατευθύνσεις σχετικά με τις προτεραιότητες της Επιτροπής κατά τον έλεγχο της εφαρμογής του άρθρου 82 της συνθήκης ΕΚ σε καταχρηστικές συμπεριφορές αποκλεισμού που υιοθετούν δεσπόζουσες επιχειρήσεις»[48],και με βάση της «εκ του αποτελέσματος» προσέγγισης (effects based approach): «…………Όταν η Επιτροπή εξετάζει μια υπόθεση, θα αναλύει τους γενικούς παράγοντες που αναφέρονται στην παράγραφο 20, σε συνδυασμό με τους πιο συγκεκριμένους παράγοντες που περιγράφονται στα τμήματα που αφορούν ορισμένα είδη συμπεριφορών αποκλεισμού και θα λαμβάνει υπόψη της κάθε άλλο παράγοντα που ενδέχεται να θεωρήσει κατάλληλο. Για την εκτίμηση αυτή, η Επιτροπή θα συγκρίνει συνήθως την πραγματική ή η πιθανή μελλοντική κατάσταση στη σχετική αγορά (υπό την επήρεια της συμπεριφοράς της επιχείρησης που κατέχει δεσπόζουσα θέση) με κατάλληλα αντιπαραδείγματα, όπως η απλή απουσία της σχετικής συμπεριφοράς, ή με άλλο ρεαλιστικό εναλλακτικό σενάριο λαμβάνοντας υπόψη τις καθιερωμένες επιχειρηματικές πρακτικές. Σε ορισμένες περιπτώσεις η Επιτροπή ενδέχεται να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι η εξεταζόμενη συμπεριφορά είναι πιθανό να οδηγήσει σε ζημία του καταναλωτή χωρίς να χρειασθεί να διενεργήσει λεπτομερή εκτίμηση. Εάν προκύψει ότι η συμπεριφορά μπορεί να προκαλέσει μόνο εμπόδια για τον ανταγωνισμό και ότι δεν οδηγεί σε βελτιώσεις της αποτελεσματικότητας, τα αντι-ανταγωνιστικά αποτελέσματά της τεκμαίρονται. Αυτό θα μπορούσε να συμβαίνει, για παράδειγμα, εάν η επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση εμποδίζει τους πελάτες της να δοκιμάζουν προϊόντα των ανταγωνιστών ή παρέχει οικονομικά κίνητρα στους πελάτες της με την προϋπόθεση ότι δεν θα δοκιμάζουν τα προϊόντα αυτά, ή πληρώνει διανομέα ή πελάτη να καθυστερήσει την εισαγωγή προϊόντος του ανταγωνιστή….».

[48] ΕΕ της 24ης.02.2009 αριθμ. C45/7.

η. Αξιολόγηση και επιπτώσεις της πρακτικής της διακριτικής μεταχείρισης του ΟΤΕ στον ανταγωνισμό και τους καταναλωτές, με βάση το άρθρο 2γ’ ν. 3959/2011.

183. Στην παρούσα περίπτωση, η συμπεριφορά της δεσπόζουσας εταιρείας ΟΤΕ ως προς τους χρόνους παράδοσης ΤοΒ, κατόπιν των αιτημάτων των ανταγωνιστών και καταγγελλόντων του και σε σχέση με την ολοκλήρωση των ΤοΒ που αφορούν στο λιανικό του άκρο, ενέχει όλα τα στοιχεία του αντι-ανταγωνιστικού αποκλεισμού, καθώς ο ΟΤΕ με την ως άνω διαπιστωθείσα πρακτική του δημιουργεί σημαντικό αδικαιολόγητο διαχειριστικό φόρτο και πρόσθετο κόστος στην παροχή υπηρεσιών μέσω αδεσμοποίητης χονδρικής πρόσβασης από εναλλακτικούς παρόχους, γεγονός που συνδυάζεται με σαφή και προφανή ανταγωνιστικά πλεονεκτήματα υπέρ του λιανικού του άκρου.

184. Ως προαναφέρθηκε ανωτέρω, στην αγορά των Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών, η διακριτική μεταχείριση συναντάται συνήθως στις περιπτώσεις παροχής υπηρεσιών χονδρικής πρόσβασης από τους πρώην μονοπωλιακούς παρόχους (και επίσης συνήθως παρόχους με δεσπόζουσα θέση στις σχετικές αγορές) προς τους παρόχους-ανταγωνιστές τους. Οι τελευταίοι «βασίζονται» και εξαρτώνται από τις χονδρικές υπηρεσίες που τους παρέχει η δεσπόζουσα επιχείρηση, προκειμένου να μπορέσουν να δραστηριοποιηθούν εμπορικά στις σχετικές λιανικές αγορές. Το σύνηθες κρίσιμο ερώτημα σχετίζεται με την «ίση» αντιμετώπιση των ανταγωνιστών του πρώην μονοπωλιακού παρόχου και δη την παροχή των χονδρικών υπηρεσιών προς αυτούς με τον ίδιο τρόπο, τις ίδιες προθεσμίες και τις ίδιες προϋποθέσεις με αυτές που παρέχεται η πρόσβαση στο λιανικό του άκρο ή/και τις θυγατρικές εταιρείες του πρώην μονοπωλιακού παρόχου.

185. Η αναλυτική εξέταση από την ΕΕΤΤ των σχετικών χρονοδιαγραμμάτων παράδοσης των ΤοΒ από τον ΟΤΕ που αφορούν σε αιτήματα των παρόχων και αυτών (των αιτημάτων) που πραγματοποιήθηκαν στο λιανικό του άκρο, αποδεικνύουν την χωρίς αμφισβήτηση προφανή διαφοροποίηση στην ανταπόκρισή της και δη την διακριτική της μεταχείριση εις βάρος των καταγγελλόντων εταιρειών και υπέρ του δικού της λιανικού άκρου (βλέπε αναλυτικά ανωτέρω V. Νομική Εκτίμηση -Υπαγωγή πραγματικών περιστατικών στις ισχύουσες διατάξεις περί Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών).

186. Ως αναφέρεται στη θεωρία του δικαίου του ανταγωνισμού, για την κατάφαση της παράβασης της διάταξης του άρθρου 2 του ν. 3959/2011, δεν απαιτείται ούτε να έχει επέλθει το επιβλαβές αποτέλεσμα, ούτε να γίνει επιμέτρηση ή έστω υπολογισμός της ζημίας, ούτε βεβαίως εξετάζεται η πρόθεση ή ο δόλος της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση. Αρκεί μόνο η υπό εξέταση πρακτική να «τείνει»[49], ή να είναι ικανή, ενόψει του συνόλου των συγκεκριμένων περιστάσεων, να προκαλέσει στρέβλωση του ανταγωνισμού μεταξύ των εμπλεκόμενων εμπορικών εταίρων, χωρίς να χρειάζεται η απόδειξη της χειροτέρευσης της ατομικής ανταγωνιστικής θέσης των εταίρων αυτών. Ως προαναφέρθηκε, ακόμη και η ελάχιστη μείωση του ανταγωνισμού, δύναται, υπό προϋποθέσεις να συνιστά καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης, κατά την έννοια του άρθρου 102 της ΣΛΕΕ και συνεπώς και κατά την έννοια του άρθρου 2 του ν. 3959/2011. Έχει δε κριθεί στο παρελθόν, ότι ακόμη και μια αποτυχημένη απόπειρα που για κάποιο λόγο δεν κατέληξε σε αντι-ανταγωνιστικό αποτέλεσμα, αποτελεί και πάλι καταχρηστική συμπεριφορά[50]. Πολλώ δε μάλλον που εν προκειμένω, οι καταγγέλλουσες εταιρείες, συνεπεία της εν λόγω παράβασης, έχασαν έσοδα που εισέπραττε ο ΟΤΕ, λόγω της καταχρηστικής του πρακτικής, ενώ επικαλέσθηκαν και απέδειξαν επίσης την ύπαρξη τόσο θετικής, όσο και αποθετικής ζημίας εκ της παραβατικής συμπεριφοράς της ΟΤΕ.

187. Εν προκειμένω, η επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση ΟΤΕ, βρίσκεται σε αναμφισβήτητη προνομιακή θέση, ως πρώην μονοπωλιακός πάροχος, αλλά και κυρίως πάροχος με δεσπόζουσα θέση στην σχετική χονδρική αγορά ΤοΒ, όπου και της έχει επιβληθεί η κανονιστική υποχρέωση να παρέχει πρόσβαση στους ανταγωνιστές της και ιδίως να μην προβαίνει σε διακριτική μεταχείριση, στην οποία αγορά υπέχει ταυτόχρονα και την «ειδική ευθύνη» να μην βλάπτει με τις πρακτικές της την δομή του ήδη εξασθενημένου ανταγωνισμού της σχετικής αυτής αγοράς. Αυτό σημαίνει πως μια πρακτική ή συμπεριφορά που ενδεχομένως θα ήταν «επιτρεπτή» από έναν οποιονδήποτε πάροχο ή επιχείρηση της αγοράς, μπορεί να κριθεί απαγορευτική από το γεγονός και μόνο ότι υιοθετείται από τον πάροχο με δεσπόζουσα θέση στη σχετική αγορά.

188. Αναμφισβήτητα πάντως, οι ως άνω αναλυθείσες πρακτικές της διακριτικής μεταχείρισης που διαπιστώνονται εν προκειμένω, είναι σαφώς καταχρηστικές (και περιοριστικές) στο βαθμό που ο ΟΤΕ με την ως άνω διαπιστωθείσα πρακτική του δημιουργεί σημαντικό αδικαιολόγητο διαχειριστικό φόρτο και πρόσθετο κόστος στην παροχή υπηρεσιών μέσω αδεσμοποίητης χονδρικής πρόσβασης από εναλλακτικούς παρόχους, που συνδυάζεται με σαφή ανταγωνιστικά πλεονεκτήματα υπέρ του λιανικού του άκρου, ιδίως στην κατά προτεραιότητα εξυπηρέτηση του λιανικού άκρου του, ενεργοποίηση του λιανικού πελάτη ΟΤΕ με μία μοναδική καταχώριση στο πληροφοριακό του σύστημα, άντληση δυσαρεστημένων πελατών των εναλλακτικών και αποτελεσματικότερη αξιοποίηση του ανθρώπινου δυναμικού του.

189. Η ως άνω συμπεριφορά του ΟΤΕ στέρησε από τους ανταγωνιστές του τη δυνατότητα να τον ανταγωνίζονται αποτελεσματικά και να συμμετέχουν έτσι εξίσου στον ανταγωνισμό στη μαζική αγορά λιανικής σταθερών ευρυζωνικών υπηρεσιών. Με τον τρόπο αυτό, ο ΟΤΕ έθεσε έμμεσα τεχνητούς φραγμούς στην είσοδο στην αγορά λιανικής καθιστώντας δυσχερέστερο και, ως εκ τούτου, λιγότερο αποτελεσματικό, τον ανταγωνισμό στην αγορά λιανικής. Σε σχέση με την πορεία των μεριδίων των

[49] Βλ. υπόθ. Τ-219/99, British Airways plc κατά Επιτροπής, Συλλ.2003 σελ ΙΙ-5917, σκ. 293 και 297, υπόθ. Τ-203/01, Manufacture francaise des pleumatiques Michelin κατά Επιτροπής, Συλλ.2003.

[50] Υπόθ. C-457/10, P AstraZeneca AB AstraZeneca plc κατά Επιτροπής.

καταγγελλόντων εταιρειών, σημειώνεται πως εάν ο ΟΤΕ δεν επεδείκνυε συμπεριφορά αποκλεισμού, είναι πιθανό ότι ο ανταγωνισμός θα ήταν πολύ πιο αποτελεσματικός σε ολόκληρη την ελληνική επικράτεια, ακόμη δε και στις πυκνοκατοικημένες περιοχές. Ως ήδη προαναφέρθηκε, ακόμη και η ελάχιστη μείωση του ανταγωνισμού αποτελεί κατάχρηση. Η ανταγωνιστική αντίδραση που θα προκαλούσε εκ μέρους του ΟΤΕ και άλλων παρόχων ευρυζωνικών υπηρεσιών, είναι πολύ πιθανό να ωφελούσε τους καταναλωτές προσφέροντας μεγαλύτερη επιλογή γι’ αυτούς, χαμηλότερες τιμές ή/και υψηλότερη ποιότητα υπηρεσιών.

190. Ως έχει κριθεί στην Ελληνική και την Ενωσιακή νομολογία[51], η διακριτική μεταχείριση αντισυμβαλλόμενων επιχειρήσεων από δεσπόζουσα επιχείρηση, συνήθως συναρτάται με καταχρηστική συμπεριφορά αποκλεισμού. Επιπρόσθετα η συμπεριφορά της ΟΤΕ ΑΕ, όπως αναλύεται ανωτέρω, συνιστά παράβαση της «ειδικής (ιδιαίτερης) ευθύνης» την οποία έχει, να μην εξασθενεί την ύπαρξη ανταγωνισμού και να μην υιοθετεί συμπεριφορές ή μέτρα ικανά να εμποδίσουν τη διατήρηση ή την ανάπτυξη του ανταγωνισμού που υφίσταται ακόμη σε μια αγορά, όπου λόγω ακριβώς της παρουσίας της εν λόγω επιχείρησης (ΟΤΕ), ο ανταγωνισμός είναι ήδη εξασθενημένος.

191. Εν προκειμένω, ως προαναφέρθηκε, η ανωτέρω περιγραφείσα διακριτική συμπεριφορά του ΟΤΕ, αποτελεί επιπλέον και έναν ανασταλτικό παράγοντα στην δημιουργία των όποιων εναλλακτικών επενδύσεων σε υποδομές ηλεκτρονικών επικοινωνιών, ικανές ιδίως για την παροχή ευρυζωνικών υπηρεσιών υψηλής ταχύτητας, η ανάπτυξη των οποίων, προωθεί τον ανταγωνισμό στην αγορά και έχει ως αποτέλεσμα πολλαπλά οφέλη στον καταναλωτή.

192. Τέλος, η επιχείρηση ΟΤΕ ΑΕ δεν ήταν δυνατόν να αγνοεί ότι οι επίμαχες πρακτικές της είχαν –ή επρόκειτο να έχουν - ως αποτέλεσμα το σοβαρό περιορισμό στον ανταγωνισμό, ενώ σύμφωνα με το ΔΕΚ για να μπορεί να θεωρηθεί ότι μία παράβαση διαπράχθηκε εκ προθέσεως, δεν είναι απαραίτητο η επιχείρηση να είχε επίγνωση του ότι παραβίαζε απαγόρευση θεσπιζόμενη από τους κανόνες του ανταγωνισμού. Αρκεί το ότι δεν θα μπορούσε να αγνοεί[52] ότι η επίμαχη συμπεριφορά που της προσάπτεται είχε ως αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού, δεδομένου ότι ως επιχείρηση μεγάλου μεγέθους (η επιχείρηση ανήκει σε έναν από τους μεγαλύτερης ισχύος Ευρωπαϊκούς ομίλους, την DEUTSCHE TELEKOM), διαθέτει συνήθως τις γνώσεις και τα νομικοοικονομικά μέσα που χρειάζονται, για να είναι σε θέση να αξιολογήσει καλύτερα τον παράνομο χαρακτήρα της συμπεριφοράς της και τις συνέπειές της από την άποψη της νομοθεσίας περί ανταγωνισμού.

193. Εν προκειμένω, κατά το χρονικό διάστημα από τον Ιανουάριο του 2012 έως και το τέλος του έτους 2014, οι παραδόσεις ΤοΒ από την εταιρεία ΟΤΕ, κατόπιν υποβολής των σχετικών αιτημάτων των παρόχων, παρουσίαζαν διαφοροποιήσεις και δη σημαντικές αποκλίσεις της τάξης των … (κατά μέσο όρο πάντοτε) ημερών, σε σχέση με τους χρόνους/ παραδόσεις του λιανικού της άκρου, όπως απεδείχθη από τον ενδελεχή έλεγχο της ΕΕΤΤ, χωρίς πάντως το γεγονός αυτό να δικαιολογείται από την καταγγελλομένη εταιρεία.

194. Όπως προηγουμένως εξηγήθηκε, οι ισχυρισμοί της περί διαφορετικών διαδικασιών μεταξύ της χονδρικής και της λιανικής υπηρεσίας ή επίσης περί της άσκησης του δικαιώματος της υπαναχώρησης ή και ακόμη περί υποβολής προβλέψεων, δεν προβλέπεται ότι μπορούν ν’ αποτελέσουν «δικαιολογία» ή ελαφρυντικό στοιχείο του σε κάθε περίπτωση καθυστερημένου χρόνου παράδοσης, ούτε με βάση τα ισχύοντα ρυθμιστικά κείμενα.

θ. Πρακτική - αποφάσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την άρνηση πρόσβασης από πρώην μονοπωλιακό πάροχο.

195. Τις διάφορες μορφές της «άρνησης πρόσβασης» (και διαφόρων μορφών κωλυσιεργίας) από πρώην μονοπωλιακούς παρόχους, και ιδίως την σοβαρότητα και την καταχρηστικότητά τους, έχει ήδη επιβεβαιώσει και η ίδια η Ευρωπαϊκή Επιτροπή με τις σχετικές αποφάσεις της SLOVAK TELEKOM (Υπόθεση AT.39523 της 15ης Οκτωβρίου 2014 - Slovak Telekom) και TELEKOMUNIKANJSKA POLSKA (Υπόθεση COMP/39.525 της 22 Ιουνίου 2011-Telekomunikacja Polska). Ειδικότερα, στην δεύτερη εκ των αποφάσεων, η Επιτροπή κατέληξε πως η συμπεριφορά της TP ήταν «προφανώς ικανή να περιορίσει τον ανταγωνισμό», ενώ «….σύμφωνα με εμπειρικές ενδείξεις, η άρνηση παροχής πρόσβασης (με την μορφή των καθυστερήσεων ή/και άλλων μορφών κωλυσιεργίας) εκ μέρους της TP, ήταν πιθανό να μειώσει τον ρυθμό εισόδου και επέκτασης των ανταγωνιστών στη λιανική αγορά υπηρεσιών, με την TP να εξακολουθεί να παραμένει ο μεγαλύτερος προμηθευτής υπηρεσιών DSL στη λιανική αγορά...», ενώ η απόφαση σημείωνε πως: «…..Ο συγκεκριμένος αριθμός αποδεσμοποιημένων τοπικών βρόχων είναι ιδιαίτερα αποκαλυπτικός ως προς το πιθανό αποτέλεσμα της άρνησης της TP, να παράσχει πρόσβαση στα προϊόντα χονδρικής της, επιβραδύνοντας έτσι την ενίσχυση του ανταγωνισμού, άρα και την ανάπτυξη εναλλακτικών υποδομών..». Η ίδια απόφαση, έκρινε πως: «….. Επιπλέον, η άρνηση παροχής πρόσβασης εκ μέρους της TP, ήταν πιθανό να έχει δυσμενείς επιπτώσεις για τους τελικούς χρήστες, όπως προκύπτει από τη χαμηλή διείσδυση των ευρυζωνικών συνδέσεων, καθώς και από τις υψηλές τιμές και τις χαμηλές μέσες ταχύτητες των συνδέσεων αυτών, ενώ διαπιστώθηκε πως «…Τον Ιανουάριο του 2010, η διείσδυση των ευρυζωνικών συνδέσεων στην Πολωνία ανερχόταν σε μόλις 13,5 %, ποσοστό ση-

[51] Βλ. υπόθ. 85/76, Hoffmann-La Roche & Co, AG κατά Επιτροπής και υπόθ. T-219/99, British Airways plc κατά Επιτροπής.

[52] Να διευκρινιστεί πως η ΟΤΕ Α.Ε. έχει πολλάκις κληθεί σε ακροάσεις ενώπιον της ΕΕΤΤ για ζητήματα παραβίασης του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού (τόσο βάσει καταγγελιών, όσο και σε αυτεπάγγελτη βάση), όπου της έχουν επιβληθεί και σχετικά πρόστιμα, γεγονός που αποδεικνύει πως όχι απλώς γνωρίζει πότε υπάρχει παραβίαση της περί ανταγωνισμού νομοθεσίας, αλλά μπορεί ευκόλως να την προβλέψει και να την αποτρέψει επίσης (Το ΔΕΦ και το ΣτΕ έχουν επικυρώσει αποφάσεις της ΕΕΤΤ για σχετικές παραβάσεις του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού).

μαντικά χαμηλότερο από τον ευρωπαϊκό μέσον όρο του 24,88 % και ένα από τα χαμηλότερα στην Ευρώπη…». Η απόφαση κατέληγε στο συμπέρασμα ότι η TP προέβη σε κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης της στις αγορές ευρυζωνικής πρόσβασης στην Πολωνία αρνούμενη να παράσχει πρόσβαση στο δίκτυό της και να προμηθεύσει προϊόντα χονδρικής BSA και LLU, υιοθετώντας παρελκυστικές τακτικές κατά τα διάφορα στάδια της διαπραγματευτικής διαδικασίας, περιορισμό της πρόσβασης στο δίκτυο της TP, περιορισμό της πρόσβασης σε συνδρομητικές γραμμές, και άρνηση παροχής αξιόπιστων και ακριβών γενικών πληροφοριών οι οποίες ήταν απαραίτητες για τους ΕΦΕ. Στο πλαίσιο αξιολόγησης της εν λόγω πρακτικής της TP, και δη στη σελίδα 176 η Ευρ. Επιτροπή αποτυπώνει τα χαρακτηριστικά της αγοράς του LLU, ήτοι τους υψηλούς φραγμούς εισόδου, τα υψηλά επενδυτικά κόστη, τις οικονομίες σκοπού, την απουσία αντισταθμιστικής δύναμης (χαρακτηριστικά που σημειωτέον είναι σχεδόν όμοια με αυτά της ελληνικής αγοράς του LLU και της προνομιακής θέσης της εταιρείας ΟΤΕ σε αυτήν). Συμπερασματικά, η Ευρ. Επιτροπή επιβεβαίωσε την πιθανότητα στρέβλωσης του ανταγωνισμού στην σχετική αγορά από την άρνηση πρόσβασης της TP (TP’s conduct was likely to constrain the ability of DSL operators to compete effectively in the retail market) καθώς και τον αρνητικό αντίκτυπο στους καταναλωτές (σελ. 218 TP’s conduct was likely to negatively affect consumers), ενώ για την σοβαρότητα της ως άνω παράβασης επέβαλλε το υψηλότατο πρόστιμο των 127.554.194 EUR στην παραβάτιδα εταιρεία Telekomunikajska Polska. Να σημειωθεί ότι η Ευρ. Επιτροπή δεν έκανε δεκτά τα επιχειρήματα της TP για τις τεχνικές δυσχέρειες που επικαλέστηκε, τα πληροφοριακά της συστήματα κ.α, και δεν δικαιολόγησε «βελτιώσεις της αποτελεσματικότητας» από τις εν λόγω περιοριστικές πρακτικές. Συγκεκριμένα, δε η TP επικαλέστηκε ειδικότερα δυσκολίες στη συμμόρφωση με τις ρυθμιστικές της υποχρεώσεις εξαιτίας της «έντονης», όπως διετύπωσε, δραστηριότητας της ρυθμιστικής αρχής της Πολωνίας, υποστήριξε δε πως έπρεπε να προετοιμάσει τα συστήματά της και κυρίως να «τακτοποιήσει» ταυτόχρονα διαφορετικά projects σε μια σειρά χονδρικών υπηρεσιών. Το ζήτημα των «μη αναμενόμενων» προβλέψεων των παρόχων, η Επιτροπή δεν το αποδέχτηκε ως δικαιολογία για την TP στις καθυστερήσεις στην υλοποίηση των αιτημάτων, ούτε βεβαίως το γεγονός ότι έπρεπε να πραγματοποιηθούν αλλαγές και τροποποιήσεις στα εσωτερικά της συστήματα, μιας που αυτές ήταν υποχρεώσεις που έπρεπε να είχε φροντίσει εγκαίρως η ίδια η εταιρεία (βλ. σελ. 112 Lengthy implementation of AOs’ orders, σελ. 130 και 203 Delays in implementing orders, σελ. 198 High rejections of BSA and LLU orders on formal and technical grounds και σελ. 234-235 απόφασης).

196. Την αυτήν προσέγγιση ακολούθησε η Ευρωπαϊκή Επιτροπή και στην υπόθεση της SLOVAL TELEKOM (Υπόθεση AT.39523 της 15ης Οκτωβρίου 2014 - Slovak Telekom). Ειδικότερα, η Επιτροπή, κατόπιν ενδελεχούς ελέγχου, διεπίστωσε την άρνηση παροχής ULL, ενώ η απόφαση καταδεικνύει ότι, παρ’ όλο που πολλές ΕΦΕ είχαν έντονο ενδιαφέρον για την απόκτηση πρόσβασης σε ULL, η ST όρισε καταχρηστικές ρήτρες και όρους στην προσφορά αναφοράς για την αποδεσμοποίηση (RUO), καθιστώντας την παροχή αδεσμοποίητης πρόσβασης στον τοπικό βρόχο απαράδεκτη για τους ΕΦΕ, καθυστερώντας, δυσχεραίνοντας ή παρεμποδίζοντας έτσι την είσοδο στη λιανική αγορά ευρυζωνικών υπηρεσιών…». Με την ίδια απόφαση εκρίθη πως: «…η ST απέκρυψε από τους ΕΦΕ πληροφορίες σχετικά με το δίκτυο, οι οποίες ήταν απαραίτητες για την αποδεσμοποίηση του τοπικού βρόχου, μη επιτρέποντας έτσι στους ΕΦΕ να προετοιμάσουν κατάλληλα επιχειρηματικά σχέδια…», ενώ επίσης η ST μείωσε τεχνητά την εμβέλεια της υποχρέωσης αποδεσμοποίησης που είχε με έμμεσους τρόπους, απέτρεψε δε την αποδεσμοποίηση από τους ΕΦΕ ορίζοντας περαιτέρω καταχρηστικές ρήτρες και όρους στο RUO της, ενώ η Επιτροπή διεπίστωσε επίσης πρακτική συμπίεσης περιθωρίου από την ST στην αγορά αποδεικνύοντας ότι «……ένας εξίσου αποτελεσματικός ανταγωνιστής που χρησιμοποιεί τη χονδρική πρόσβαση της ST στους ULL θα αντιμετώπιζε σημαντικά αρνητικά περιθώρια κέρδους και δεν θα ήταν σε θέση να αναπαραγάγει επωφελώς το χαρτοφυλάκιο ευρυζωνικών υπηρεσιών λιανικής της ST σε μόνιμη βάση...». Αναφορικά με τις πιθανές επιπτώσεις στον ανταγωνισμό και στους καταναλωτές, συνεπεία των ανωτέρω παραβάσεων, η Ευρ. Επιτροπή κατέληξε με την εν λόγω απόφασή της (βλ. πιο αναλυτικά σελ. 266 και επόμενα της απόφασης) πως: «Η συμπεριφορά της ST στέρησε από τους ΕΦΕ τη δυνατότητα να ανταγωνίζονται αποτελεσματικά την ST και άλλους φορείς μέσω πρόσβασης στους ULL και συμμετοχής στον ανταγωνισμό στη μαζική αγορά λιανικής σταθερών ευρυζωνικών υπηρεσιών. Σύμφωνα με τη στρατηγική της ST, η συμπεριφορά της απέκλειε τους ΕΦΕ από το βασικό τμήμα xDSL βάσει ULL της λιανικής αγοράς. Με τον τρόπο αυτό η ST έθεσε τεχνητούς φραγμούς στην είσοδο στην αγορά λιανικής καθιστώντας δυσχερέστερο και, ως εκ τούτου, λιγότερο αποτελεσματικό, τον ανταγωνισμό στην αγορά λιανικής, περιλαμβανομένου του ανταγωνισμού βάσει των δικτύων των ΕΦΕ (ανταγωνισμός που βασίζεται στις υποδομές). Η τοπική ανάπτυξη δικτύων των ΕΦΕ δεν μπορεί να αντισταθμίσει αυτές τις αρνητικές επιπτώσεις. Εάν η ST δεν επεδείκνυε συμπεριφορά αποκλεισμού είναι πιθανό ότι ο ανταγωνισμός θα ήταν πιο αποτελεσματικός σε ολόκληρη την επικράτεια της Σλοβακίας, ακόμη και στις πυκνοκατοικημένες περιοχές, όπου υπήρχε ανταγωνισμός που βασίζεται στις υποδομές. Η είσοδος στην αγορά και η ανταγωνιστική αντίδραση που θα προκαλούσε εκ μέρους της ST και άλλων παρόχων ευρυζωνικών υπηρεσιών είναι πιθανό να ωφελούσαν τους καταναλωτές προσφέροντας μεγαλύτερη επιλογή, χαμηλότερες τιμές και υψηλότερη ποιότητα υπηρεσιών…».

197. Τέλος, η απόφαση, για τις ανωτέρω σοβαρότατες παραβάσεις, επιβάλλει πρόστιμο ύψους 38.838.000 ευρώ εις ολόκληρον στην DT και την ST, και πρόστιμο 31.070.000 ευρώ στην DT (αφού η Deutsche Telekom αποτελεί τη μητρική εταιρεία της ST). Το πρόστιμο αυτό καθορίστηκε με βάση την αξία των πωλήσεων στη σχε-

τική αγορά, τη σοβαρότητα της παραβάσεως και τη διάρκεια της παραβάσεως (5 έτη και 4 μήνες), καθώς και το γεγονός ότι η DT είχε ήδη διαπράξει παρόμοια παράβαση το 2003, και βεβαίως την ανάγκη να εξασφαλισθεί ο αποτρεπτικός χαρακτήρας του.

ι. Απουσία αντικειμενικής αιτιολόγησης και αποτελεσματικότητας

Εξέταση της διαπιστωθείσης πρακτικής της διακριτικής μεταχείρισης του ΟΤΕ υπό το πρίσμα της αντικειμενικής αναγκαιότητας ή/και τις ενδεχόμενες βελτιώσεις της αποτελεσματικότητας (efficiencies)

198. Στο πλαίσιο της ανωτέρω ανάλυσης, η ΕΕΤΤ πρέπει να εξετάσει, σε τελικό πια στάδιο, και το ενδεχόμενο η προαναφερόμενη καταχρηστική πρακτική που εφήρμοσε η καθ’ ής να ήταν, ενδεχομένως, «αντικειμενικά απαραίτητη» ή να συνεπαγόταν κάποιες «βελτιώσεις της αποτελεσματικότητας», που θα μπορούσαν να υπερ-αντισταθμίσουν τα προφανή αντι-ανταγωνιστικά της οφέλη, μια πρακτική που ακολουθεί και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή στο τελευταίο στάδιο αξιολογήσεων των καταχρηστικών πρακτικών[53].

199. Διευκρινίζεται ότι, σε κάθε περίπτωση, το βάρος της απόδειξης προς την αιτιολόγηση αυτής της μορφής, το φέρει η ίδια η δεσπόζουσα επιχείρηση, η οποία και ελέγχεται για την καταχρηστική πρακτική που εφήρμοσε, ενώ η αρχή ανταγωνισμού εξετάζει και κατά πόσο απαραίτητη και αναλογική ήταν η υιοθετηθείσα συμπεριφορά, σε σχέση με τον σκοπό που υποτίθεται ότι επιδίωκε[54].

200. Σε κάθε περίπτωση, πρέπει να υπογραμμισθεί πως η «προστασία των αγορών» και η εφαρμογή μέτρων που δικαιολογούνται από λόγους δημοσίου συμφέροντος, αποτελούν, κανονικά, καθήκον των δημοσίων αρχών και όχι των επιχειρήσεων με δεσπόζουσα θέση που προβαίνουν σε αποκλεισμό προϊόντων ή υπηρεσιών που δήθεν οι ίδιες θεωρούν επικίνδυνα.

201. Στην υπό εξέταση περίπτωση της καταχρηστικής διακριτικής πρακτικής της εταιρείας ΟΤΕ, η τελευταία αρνήθηκε την ύπαρξη της κατάχρησης. Παραδέχτηκε όμως ότι υπήρχαν σχετικές καθυστερήσεις στις παραδόσεις ΤοΒ κατά το κρίσιμο χρονικό διάστημα (σελ 6-12 πρακτικών διεξαχθείσης ακρόασης), οι οποίες όμως βαίνουν μειούμενες με το πέρας το έτους, ενώ δεν προσκόμισε κανένα στοιχείο που να αποδεικνύει ότι η πρακτική-συμπεριφορά της ήταν «αντικειμενικά απαραίτητη» ή ότι συνεπαγόταν κάποια-κάποιες «βελτιώσεις της αποτελεσματικότητας», που θα μπορούσαν να υπερ-αντισταθμίσουν τα προφανή αντι-ανταγωνιστικά της οφέλη. Η εταιρεία αρκέστηκε μόνο να υποστηρίξει ότι κατά τη γνώμη της δεν υφίσταται κάποια παραβίαση του ανταγωνισμού, γιατί όπως ισχυρίστηκε, τάχα το σύνολο των Παρόχων παρουσίασε έντονα αυξητικές τάσεις στην αγορά του ΤοΒ και κατά συνέπεια δεν «βλέπει» κάποια παραβίαση του ανταγωνισμού σε αιτιώδη συνάφεια με την συμπεριφορά του. Ως αναλύεται διεξοδικά ανωτέρω, οι εν λόγω ισχυρισμοί δεν μπορούν να γίνουν αποδεκτοί, αφού δεν δικαιολογούν επ’ ουδενί την πρακτική «διάκρισης» στην οποία προέβη η καταγγελλομένη εταιρεία και βεβαίως δεν εξηγήθηκε ούτε πως υπεραντισταθμίζουν τα αρνητικά τους αποτελέσματα με άλλα οφέλη. Συνεπώς, η παράβαση της εταιρείας ΟΤΕ, μέσω της πρακτικής της διακριτικής μεταχείρισης, και άρα του άρθρου 2 του ν. 3959/2011, είναι προφανής και αναμφισβήτητη.

ια. Κυρώσεις από παραβάσεις του ν. 3959/2011 - Υπολογισμός του προστίμου

202. Σύμφωνα με το ισχύον νομικό πλαίσιο περί της εξουσίας επιβολής κυρώσεως, εάν η ΕΕΤΤ, μετά από σχετική έρευνα που διεξάγει, διαπιστώσει παράβαση του άρθρ. 2 του ν. 3959/2011, μπορεί, με απόφασή της, να επιβάλει πρόστιμο στις επιχειρήσεις που υπέπεσαν στην παράβαση ή να απευθύνει σύσταση σε αυτές (εφαρμόζοντας αναλογικά το άρθρο 25 παρ.1 του ν. 3959/2011). Κατά την άσκηση της ανωτέρω αρμοδιότητάς της, η ΕΕΤΤ έχει ευρεία διακριτική ευχέρεια να αποφασίσει το είδος της τυχόν επιβαλλόμενης ποινής και το ύψος του επιβαλλόμενου ή απειλούμενου προστίμου, με ανώτατο όριο το δέκα τοις εκατό (10%) του συνολικού κύκλου εργασιών της επιχείρησης της χρήσης, κατά την οποία έπαυσε η παράβαση ή εάν αυτή συνεχίζεται μέχρι την έκδοση της απόφασης, της προηγούμενης της έκδοσης της απόφασης χρήσης, αντιστοίχως. Για τον σκοπό αυτό, λαμβάνει υπόψη της τη σοβαρότητα, τη διάρκεια, τη γεωγραφική έκταση της παράβασης, τη διάρκεια και το είδος της συμμετοχής στην παράβαση της επιχείρησης, καθώς και το οικονομικό όφελος που αποκόμισε η παραβάτιδα εταιρεία Το ποσό του προστίμου μπορεί να προσαυξάνεται, εάν συντρέχουν επιβαρυντικές περιστάσεις ή να μειώνεται, εάν συντρέχουν ελαφρυντικές περιστάσεις. Ανάλογες διατάξεις ισχύουν και στο ενωσιακό δίκαιο.[55]

203. Κατά την αξιολόγηση της σοβαρότητας της παράβασης λαμβάνονται υπόψη, ιδίως, η φύση της παράβασης, ο πραγματικός της αντίκτυπος στην αγορά (όπου είναι δυνατόν να υπολογισθεί), καθώς και το μέγεθος της οικείας γεωγραφικής αγοράς[56]. Η ΕΑ καθορίζει το βασικό ποσό του προστίμου σε συνάρτηση με τα προβλεπόμενα κάθε φορά στο νόμο κριτήρια. Εν συνεχεία, εφόσον το κρίνει σκόπιμο, προσαυξάνει ή μειώνει το βασικό ποσό, ανάλογα με το εάν συντρέχουν αντίστοιχα επιβαρυντικές ή ελαφρυντικές περιστάσεις. Ειδικότερα, το βασικό ποσό του προστίμου προκύπτει ως εξής: α) ορίζεται ποσοστό ύψους μέχρι 30% επί των ετήσιων ακαθάριστων εσόδων της επιχείρησης από προϊόντα που αφορούν στην παράβαση με κριτήριο τη σοβαρότητα αυτής, και β) το ποσό αυτό υπολογίζεται επί των ετήσιων ως άνω εσόδων για κάθε έτος της παράβασης.

[53] Βλ. ανακοίνωση της Επιτροπής-Κατευθύνσεις σχετικά με τις προτεραιότητες της Επιτροπής κατά τον έλεγχο της εφαρμογής του άρθρου 82 της συνθήκης ΕΚ σε καταχρηστικές συμπεριφορές αποκλεισμού που υιοθετούν δεσπόζουσες επιχειρήσεις, ΕΕ 2009 C 45/7.

[54] Βλ. Ανακοίνωση της Επιτροπής Κεφάλαιο Δ, παρ. 27-30.

[55] Βλ. Κανονισμό 1/2003 (ΕΚ) 1/2003 της 26ης Δεκεμβρίου 2002, ΕΕ L 1/1 της 04ης.01.2003, άρθρ. 5, αναφορικά με τις εξουσίες των αρχών ανταγωνισμού των κρατών μελών για την επιβολή προστίμων και άρθρ. 23, αναφορικά με τις αντίστοιχες εξουσίες της Ευρωπαϊκής Επιτροπής.

[56] Πρβλ. κατευθυντήριες γραμμές της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την επιβολή προστίμων κατ’ εφαρμογή του άρθρ. 23 του Κανονισμού (ΕΚ) 1/2003 ΕΕ, αριθμ. 210 της 01ης.09.2006.

204. Όσον αφορά λοιπόν στα επιμέρους χαρακτηριστικά της διαπιστωθείσης παράβασης, η παράβαση αυτή έχει διάρκεια, από τον Ιανουαρίου του 2012 έως και τον Δεκέμβριο του 2014, ήτοι έχει χρονική διάρκεια τριών (3) ετών.

205. Ως προσφάτως απεφάνθη το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών, με την υπ’ αριθ. 527/2016 απόφασή του, ερμηνεύοντας το άρθρο 25 του ν. 3959/2011, ότι «το πρόστιμο, το οποίο σκοπεί όχι μόνο να κολάσει τις παράνομες πράξεις των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων, αλλά και να αποτρέψει, τόσο τις εν λόγω επιχειρήσεις όσο και άλλους επιχειρηματίες από τη μελλοντική παράβαση των κανόνων του δικαίου του ανταγωνισμού, ορίζεται με βάση τα συνολικά ακαθάριστα έσοδα της επιχείρησης, κατά την τρέχουσα ή την προηγούμενη της παράβασης χρήση, τα οποία αποτελούν ένδειξη, έστω κατά προσέγγιση και ατελή, του μεγέθους και της οικονομικής ισχύος της επιχείρησης, ήτοι στοιχείων που μπορούν νομίμως να ληφθούν υπόψη για την εκτίμηση της σοβαρότητας της παράβασης (ΣτΕ 1881/2014) και ότι, κατά την έννοια της ρύθμισης αυτής, ερμηνευόμενης ενόψει και των αρχών της αναλογικότητας, της αποτελεσματικότητας και της επαρκούς αποτρεπτικότητας του προστίμου, το οριζόμενο μέγιστο ύψος του ισχύει χωριστά για κάθε παράβαση που είναι αυτοτελής, κατά το περιεχόμενο και το είδος της, ενώ σε περίπτωση που τέτοια παράβαση διαρκεί περισσότερα συναπτά έτη, αυτή δεν λογίζεται ως αυτοτελής για κάθε έτος, αλλά εξακολουθούσα και ενιαία χρονικώς, ώστε το προβλεπόμενο στο νόμο ανώτατο όριο (πλαφόν) να ισχύει για τη συνολική διάρκεια της αποδιδόμενης παράβασης, η διάρκεια δε αυτή λαμβάνεται υπόψη, σύμφωνα με το δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 2 του άρθρου 9, για την επιμέτρηση του ύψους του προστίμου. Συνεπώς, κατά την ίδια απόφαση, σε υπόθεση όπως η κρινόμενη, το ως άνω οριζόμενο στο ν. 703/1977 και ήδη 3959/2011 πλαφόν ισχύει για καθεμία από τις καταλογιζόμενες παραβάσεις, που είναι αυτοτελείς................ όχι, όμως, και για κάθε έτος εκάστης παράβασης, αλλά για τη συνολική διάρκειά της. Περαιτέρω, κατά την έννοια της ίδιας ρύθμισης, για τον προσδιορισμό του ως άνω πλαφόν δεν λαμβάνεται υπόψη το άθροισμα των συνολικών ακαθάριστων εσόδων της επιχείρησης σε καθεμία από τις χρήσεις κατά τις οποίες διαπιστώνεται η παράβαση, αλλά ο συνολικός κύκλος εργασιών της επιχείρησης σε μία μόνο χρήση και συγκεκριμένα, σε εκείνη κατά την οποία έπαυσε η παράβαση (ΣτΕ 1881/2014 σκ. 16, βλ. ΣτΕ 2365/2013 επταμ. Πρβλ. ΣτΕ 903/1998 7/μελούς)».

206. Είναι λοιπόν σαφές ότι η επιβολή του προστίμου πρέπει να έχει διττό χαρακτήρα: κυρωτικό- κατασταλτικό για τις επιχειρήσεις εκείνες (ή την επιχείρηση εκείνη) ή την ένωση επιχειρήσεων που παραβιάζουν τους κανόνες του ανταγωνισμού και αποτρεπτικό για τις υπόλοιπες επιχειρήσεις που δεν εμπλέκονται στην παράβαση. Στη διάκριση αυτή προβαίνει τόσο η Ευρωπαϊκή Επιτροπή[57] όσο και η Επιτροπή Ανταγωνισμού. Ειδικότερα, όπως προβλέπεται στην σχετική Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, τα πρόστιμα που επιβάλλονται ως κύρωση στις εμπλεκόμενες επιχειρήσεις έχουν αφενός, ως προς αυτές, ειδικό αποτρεπτικό αποτέλεσμα κι αφετέρου, για τις υπόλοιπες μη εμπλεκόμενες, γενικό αποτρεπτικό αποτέλεσμα. Το γενικό αποτρεπτικό αποτέλεσμα έχει ως σκοπό την αποτροπή των μη εμπλεκομένων επιχειρήσεων από την υιοθέτηση συμπεριφοράς αντίθετης στα άρθρα 81, 82 της Συνθήκης (ήδη 101 και 102 ΣΛΕΕ). Αποτρεπτικό μέσο εφαρμογής παράνομων πρακτικών αποτελεί και η επιβολή ενός συγκεκριμένου ποσού ανεξαρτήτως της διάρκειας της παράβασης, που θα κυμαίνεται από 15% έως 25% της αξίας των πωλήσεων του σχετικού κύκλου εργασιών της εμπλεκόμενης επιχείρησης[58]. Η ΕΕΤΤ, στο παρόν, έλαβε υπόψη της (α) το άρθρο 25 παρ. 1 του ν. 3959/2011 (προϊσχύον άρθρο 9 παρ. 1 του ν. 703/1977), και (β) την από 12.05.2006 Ανακοίνωσή της Ευρ. Επιτροπής αναφορικά με τις κατευθυντήριες γραμμές για τον υπολογισμό προστίμων, σύμφωνα με την οποία υπάρχει ευρεία διακριτική ευχέρεια (εντός του κατά το νόμο ανώτατου ορίου) για τη συγκεκριμενοποίηση του εκάστοτε επιβληθησομένου προστίμου, προκειμένου μεταξύ άλλων να διασφαλίζεται με επάρκεια το επιδιωκόμενο αποτρεπτικό αποτέλεσμα από την παρέμβασή της, και καθόρισε το βασικό ποσό προστίμου σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τη διάρκεια της παράβασης. Εν συνεχεία δε, προσαυξάνεται ή μειώνεται το βασικό ποσό, ανάλογα με το εάν συντρέχουν αντίστοιχα επιβαρυντικές ή ελαφρυντικές περιστάσεις.

ιβ. Σοβαρότητα των παραβάσεων

207. Σχετικά με τη φύση, τη σοβαρότητα και το είδος της παράβασης, τα αντι-ανταγωνιστικά αποτελέσματα που προκλήθηκαν ή απειλήθηκε να προκληθούν στην αγορά, το ειδικό βάρος της επιχείρησης στην παράβαση, το οικονομικό όφελος που αποκόμισε ή επιδίωξε να αποκομίσει ο παραβάτης, την οικονομική δύναμη της επιχείρησης που παραβιάζει τους κανόνες ανταγωνισμού στη σχετική αγορά και την έκταση της γεωγραφικής αγοράς, διαπιστώνονται τ’ ακόλουθα:

208. Είδος της παράβασης: Εν προκειμένω, η ανωτέρω περιγραφείσα παράβαση της καταχρηστικής εκμετάλλευσης με τη μορφή της διακριτικής μεταχείρισης της δεσπόζουσας θέσης της εταιρείας ΟΤΕ στην αγορά χονδρικής πρόσβασης σε φυσική υποδομή δικτύου στην Ελληνική Επικράτεια, θεωρείται αρκετά σοβαρή για τη φύση και τα χαρακτηριστικά της συγκεκριμένης Ελληνικής αγοράς, και κυρίως για το μέγεθος και τα «πλεονεκτήματα» που φέρει μια επιχείρηση σαν την «ΟΤΕ Α.Ε».

209. Πραγματικός (ή δυνητικός) αντίκτυπος στην αγορά:

Η εν λόγω καταχρηστική εκμετάλλευση από τη φύση της θεωρείται ότι έχει έναν σοβαρό αντίκτυπο στην αγορά (βλ. αναλυτικά ανωτέρω Κεφάλαιο θ. Αξιολόγηση συμπεριφοράς- πρακτικής εταιρείας ΟΤΕ, με βάση το άρθρο 2γ’ ν. 3959/2011 - Επιπτώσεις της πρακτικής της διακριτικής μεταχείρισης του ΟΤΕ στον ανταγωνισμό και τους καταναλωτές).

[57] Κατευθυντήριες γραμμές για τη μέθοδο υπολογισμού προστίμων, που επιβάλλονται κατ’ εφαρμογή του άρθρου 23 παράγραφος 2 σημείο α) του Κανονισμού 1/2003 [ΕΕ C210/2, της 01.09.2006]. Βλ. παρ. 4.

[58] Βλέπε σχετικά παρ. 7, 8 και 25 των ως άνω Κατευθυντήριων Γραμμών.

210. Οικονομική δύναμη των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων:

Εν προκειμένω, η συνολική αξία πωλήσεων της ΟΤΕ κατά την επίμαχη και εξεταζόμενη περίοδο των ετών 2012, 2013 και 2014 έχει ως εξής: Η εταιρεία ΟΤΕ κατά το έτος 2012 είχε κύκλο εργασιών 1.704.000.000, ενώ σ’ επίπεδο ομίλου είχε 4.680.300.000, κατά το έτος 2013 η εταιρεία είχε παρουσιάσει κύκλο εργασιών 1.557.200.000 και σε επίπεδο ομίλου 4.254.200.000 και τέλος για το έτος 2014 είχε κύκλο εργασιών 1.511.700.000 και σε επίπεδο ομίλου 3.918.400.000 για το αυτό έτος. Η εταιρεία ΟΤΕ κατείχε, επίσης, συγκριτικά σημαντικό μερίδιο αγοράς στη σχετική αγορά κατά την εξεταζόμενη περίοδο, καθώς και επί σειρά ετών, ενώ αποτελεί διαχρονικά τον μεγαλύτερο τηλεπικοινωνιακό πάροχο στην Ελλάδα, και έναν από τους μεγαλύτερους στην Ευρώπη, ως μέλος του Group της Deutsche Telekom.

211. Έκταση της γεωγραφικής αγοράς: Η ανωτέρω διαπιστωθείσα παράβαση, αφορά σε ολόκληρο το δίκτυο χονδρικής της εταιρείας ΟΤΕ, ήτοι σε ολόκληρη την Ελληνική Επικράτεια.

212. Οικονομικό όφελος που αποκόμισαν ή επιδίωξαν να αποκομίσουν ή/οι παραβαίνουσα-ες: Εν προκειμένω, ως έχει περιγραφεί ανωτέρω (βλέπε σελ 57-62), το όφελος της παραβάτιδας εταιρείας ΟΤΕ, συνεπεία της εξετασθείσης παράβασης, προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και σχετίζεται καταρχήν με την παρακράτηση πελατών για μεγαλύτερο χρονικό διάστημα (για αιτήματα από και προς τον ΟΤΕ) και άρα με την άμεση είσπραξη εσόδων για την παραβάτιδα εταιρεία ΟΤΕ και δευτερευόντως με την πρόκληση ζημίας στους ανταγωνιστές παρόχους που δεν είχαν τη δυνατότητα είσπραξης αυτών των εσόδων, ασχέτως της παρεπόμενης ζημίας στη φήμη τους στην αγορά, ως εταιρείες που δεν ανταποκρίνονται και δεν προσφέρουν εξίσου ποιοτικές υπηρεσίες το ίδιο αποτελεσματικά με τον ΟΤΕ.

213. Είδος συμμετοχής στην παράβαση: Η καταγγελλομένη εταιρεία συμμετείχε ενεργά και άμεσα στην διαπιστωθείσα παράβαση, για την οποία άλλωστε είχε αναλάβει και τη σχετική «πρωτοβουλία».

214. Επιβαρυντικές-Ελαφρυντικές περιστάσεις: Ως προς την αξιολόγηση των ενδεχόμενων επιβαρυντικών ή ελαφρυντικών περιστάσεων, πρέπει καταρχήν να σημειωθεί ότι δεν συντρέχουν ελαφρυντικές περιστάσεις. Αντιθέτως, ως επιβαρυντική περίσταση λογίζεται και πρέπει να εξετάζεται σε κάθε περίπτωση η «υποτροπή» της παραβάτιδας εταιρείας. Διευκρινίζεται πως η υποτροπή συνιστά ένα καταρχήν επιβαρυντικό και σημαντικό στοιχείο, το οποίο η εκάστοτε αρχή ανταγωνισμού καλείται να εκτιμήσει, δεδομένου ότι η συνεκτίμησή της έχει ως σκοπό να παρακινήσει τις επιχειρήσεις που έχουν εκδηλώσει την τάση να παραβαίνουν τους κανόνες του ανταγωνισμού να μεταβάλουν τη συμπεριφορά τους. Συγκεκριμένα, η εταιρεία ΟΤΕ είναι ήδη πολλάκις υπότροπος, έχει δε σαφέστατα εκδηλώσει την τάση να παραβαίνει τους κανόνες του ανταγωνισμού, δεδομένου ότι η ΕΕΤΤ έχει ήδη διαπιστώσει σχετικές παραβάσεις μη τήρησης των κανονιστικών της υποχρεώσεων των Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών, αλλά και ιδίως παραβάσεις κατάχρησης της δεσπόζουσας θέσης της (άρθρο 2 ν. 3959/2911 και προηγουμένως του ν. 703/77), μέσω διάφορων πρακτικών, και κυρίως πρακτικών που εμπίπτουν στο φάσμα της «άρνησης πρόσβασης», τόσο στο παρελθόν, όσο και με τις πλέον πρόσφατες ΑΠ. 767/12/2016 και ΑΠ. 767/13/2016 αποφάσεις της, με τις οποίες επίσης της επέβαλλε σχετικά πρόστιμα για παραβάσεις του άρθρου 2 του ν. 3959/2011.

215. Διάρκεια των παραβάσεων

Για τη διάρκεια αυτής, τα αναλυθέντα στοιχεία αποδεικνύουν ότι η παράβαση-εις αφορούσαν στο χρονικό διάστημα από τον Ιανουάριο του 2012 έως και τον Νοέμβριο του 2014 (ήτοι διήρκεσε τρία (3) έτη), δεν αποτελούσε δηλαδή κάποιο μεμονωμένο ή τυχαίο περιστατικό, αλλά ήταν διαρκής για χρονικό διάστημα τριών (3) ετών. Οι διαπιστωθείσες πρακτικές αντι-ανταγωνιστικού αποκλεισμού του ΟΤΕ δεν αιτιολογούνται αντικειμενικά, ως εξηγήθηκε ανωτέρω και συνεπώς αντίκεινται στο άρθρο 2 (γ) του ν. 3959/2011.

216. Με βάση τα ανωτέρω, και σταθμίζοντας ιδίως τη βαρύτητα της επί μέρους κατά τ’ ανωτέρω φύσης της παράβασης της διακριτικής μεταχείρισης, το ποσοστό [έως 10%] επί της αξίας των σχετικών με τη παράβαση πωλήσεων (κύκλου εργασιών) της εταιρείας ΟΤΕ, καθώς και τις αρχές της αναλογικότητας, της αποτελεσματικότητας και της επαρκούς αποτρεπτικότητας του προστίμου, η ΕΕΤΤ επιμερίζει και προσδιορίζει το βασικό ποσό του προστίμου για την καταχρηστική πρακτική της διακριτικής μεταχείρισης του άρθρου 2γ’ του ν. 3959/2011, στο ύψος των τριών εκατομμυρίων πεντακοσίων χιλιάδων (3,5 εκατ. €).

Με βάση όλα τ’ ανωτέρω:

Αποφασίζει:

1) Διαπιστώνει ότι η εταιρεία «ΟΤΕ Α.Ε[59]» παραβίασε:

α) τις παραγράφους 4.1.1, 4.1.2, 4.1.3 της ενότητας ΙΙΙ. Κανονιστικές Υποχρεώσεις, (περίπτωση 4) Υποχρέωση Αμεροληψίας (Μη διακριτικής μεταχείρισης) της ΑΠ ΕΕΤΤ 614/013/28-07-2011, (ΦΕΚ 1908/Β΄/30-8-2011), καθώς και το Παράρτημα 4, Κεφάλαιο 4.5.1 της Προσφοράς Αναφοράς ΑΠΤΒ RUO 2012 (ΑΠ ΕΕΤΤ 675/09/11-12-2012 - ΦΕΚ 3402/Β΄/20-12-2012), ως ισχύει τροποποιηθείσα με τις ΑΠ. 685/17/06-03-2013 και ΑΠ. 748/08/2015 (επίσης τροποποιηθείσα), σύμφωνα με τα αναλυτικά αναφερόμενα ανωτέρω.

β) το άρθρο 2(γ) του ν. 3959/2011 (ΦΕΚ 93 Α΄), σύμφωνα με τ’ αναλυτικά αναφερόμενα ανωτέρω (Κεφάλαιο 4. ΔΙΚΑΙΟ ΤΟΥ ΕΛΕΥΘΕΡΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ - και Παρ. η. Αξιολόγηση και επιπτώσεις της πρακτικής της διακριτικής μεταχείρισης του ΟΤΕ στον ανταγωνισμό και τους καταναλωτές, με βάση το άρθρο 2γ’ ν. 3959/2011).

2) Διατάσσει την προαναφερόμενη εταιρεία «ΟΤΕ Α.Ε» να παύσει και να παραλείπει την ως άνω διαπιστωθείσα παράβαση στο μέλλον.

3) Επιβάλλει στην εταιρεία με την επωνυμία «Οργανισμός Τηλεπικοινωνιών της Ελλάδος Α.Ε. (ΟΤΕ ΑΕ)»:

α) με βάση το άρθρο 77 παρ. 2 (β) του ν. 4070/2012, διοικητικό πρόστιμο ύψους: Δύο εκατομμυρίων οκτακο-

[59] Η σημερινή επωνυμία της εταιρείας είναι «COSMOTE Α.Ε» όμιλος εταιρειών.

σίων χιλιάδων ευρώ (2,8 εκατ. €), για τις διαπιστωθείσες ως άνω, παραβάσεις της νομοθεσίας των Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην παρούσα απόφαση.

β) με βάση το άρθρο 25 παρ. 1 και 2 του ν. 3959/2011, σε συνδυασμό με το άρθρο 12 περίπτωση στ’ και λδ’ του ν. 4070/2012, διοικητικό πρόστιμο ύψους τριών εκατομμυρίων πεντακοσίων χιλιάδων ευρώ (3,5 εκατ. €), για τη διαπιστωθείσα, ως άνω, καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην παρούσα απόφαση.

4) Εξουσιοδοτεί τον Πρόεδρο της ΕΕΤΤ να κοινοποιήσει την εν λόγω απόφαση στις εταιρείες με την επωνυμία «Οργανισμός Τηλεπικοινωνιών Ελλάδος - ΟΤΕ Α.Ε» (νυν όμιλος εταιρειών «COSMOTE A.E»), «WIND HELLAS A.E.B.E», «HELLAS ONLINE A.E», «CYTA HELLAS A.E» και «FORTHNET A.E».

5) Τη δημοσίευση της παρούσας απόφασης στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως (ΦΕΚ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα του 27 και 47 του ν. 3959/2011.

Η απόφαση αυτή να δημοσιευθεί στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως.

Αθήνα, 14 Σεπτεμβρίου 2017

Ο Πρόεδρος

ΔΗΜ. ΤΣΑΜΑΚΗΣ

ΕΘΝΙΚΟ ΤΥΠΟΓΡΑΦΕΙΟ

Καποδιστρίου 34, Τ.Κ. 104 32, Αθήνα
Τηλ. Κέντρο 210 5279000
Κείμενα προς δημοσίευση: webmaster.et@et.gr

02035401010170044